الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى

وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح

بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية

نشرت بمجلة « القانون والاقتصاد » التى يصدرها أساتذة كلية الحقوق

السنة السادسة — العدد الأول

١٩٣٦

(مطبعة نورى)

وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى

وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح

بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية

لحضرة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى

أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

مقدمة

المدرسة التاريخية والتقنين : ليس القانون مما يمكن حصره فى دفتى كتاب ، أو فى مجموعة من النصوص . وهذه حقيقة مفروغ منها ، ولا يمكن أن يتطرق اليها شك فى المرحلة التى وصلنا اليها من البحث العلمى . والفضل فى تقرير ذلك يرجع للمدرسة التاريخية ، وعلى رأسها الفقيه سافينى (Savigny) . فقد نجحت هذه المدرسة فى اثبات أن القانون كائن حى ، ينمو ويتطور فى البيئة التى نشأ فيها ، وهو أكثر مرونة من أن يعيش فى نصوص جامدة ، ما دامت الحياة فى تطور مستمر .

على أن صوغ القانون فى نصوص مرتبة ، ووضع هذه النصوص فى مجموعة مبوبة ، وهذا ما نسميه بالتقنين (codification) ، اذا كان لا ينسجم انسجاما تاما مع هذه الحقيقة ، فانه لا يصطدم معها . فالقانون ، وهو يتدرج فى مراحل تطوره ، يكون فى حاجة الى أن يسجل ، فى وقت ما ، على الصورة التى وصل اليها فى ذلك الوقت ، على ألا تكون هذه الصورة نهائية ، فليس للقانون نهاية ، الا اذا قيل ان العالم اذا وصل فى تقدمه الى مرحلة معينة ، بلغ الغاية من الكمال ، وركد بعد ذلك لا يتطور .

واذا كان سافينى قد شن الغارة على التقنين ، ونادى بافلاسه ، فان الأيام

قد أظهرت أنه لم يكن على حق فى هذه الحملة . فالفائدة العملية للتقنين لا يمكن انكارها ، كما تشهد بذلك تجارب الأمم ذات التشريعات المقننة .

وقد ظهر أن جمع القانون يساعد كثيرا على تقريبه للجمهور ، وتمهيد سبله لمن شاء أن يعرفه ، ومعرفة القانون ضرورية فى كثير من الأحيان . ولا نقول ان هذا الجمع من شأنه أن يحصر القانون فى حيز محدود المعالم ، كما زعم بنتام وأوستن ، فان القانون مهما كان جمعه متقنا ، لا يلبث أن يكسر هذه القيود ، التى أريد على أن ينكمش فيها ، فينمو الى جانب القانون المكتوب ، قانون غير مكتوب ، هو من عمل القضاء والفقه ، قد يصل مع الزمن الى أن يكون له المكان الأول من الخطر والاعتبار ، ولا يكون القانون المكتوب بجانبه الا صورة ناقصة أو غامضة للقانون الواقعى الذى تطبقه المحاكم .

متى يكون التقنين ضروريا : هذه نهاية لا مناص من الوصول اليها . ولكن ذلك لا يعنى أن تقنين القوانين عبث لا فائدة فيه ، فان هذا التقنين مفيد ، بل هو ضرورى فى بعض الأحيان . واذا كان بعض دعاة التقنين قد خابت آمالهم ، ولم يتحقق ما تنبأوا به ، فذلك لا يرجع لعيب فى فكرة التقنين ذاتها ، بل لأن هؤلاء الدعاة فهموا مهمة التقنين على أنها حصر للقانون ، وبالغوا فى التفاؤل ، حتى توهموا أن هذا الحصر ممكن .

أما المعتدلون فقد علموا أن للتقنين مهمة غير هذا الحصر ، فهو قد يكون ضروريا اذا أريد توحيد القانون فى بلد تعددت فيه القوانين ، كما كان الأمر فى فرنسا قبل صدور قانون نابليون فى أول القرن التاسع عشر ، وكما كان الأمر فى ألمانيا قبل صدور القانون الألمانى فى أول القرن العشرين وكما هو الأمر فى مصر حتى الآن بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية .

ويكون التقنين ضروريا كذلك اذا أريد ادخال قانون أجنبى فى بلد يحسب أنه فى حاجة الى هذا الاصلاح ، كما تم الأمر فى مصر عند ما أدخل فيها القانون الفرنسى ، أو فى تركيا عند ما تطلعت الى الغرب فى تشريعها فأدخلت القانون السويسرى برمته فى بلادها .

متى يكون التقنين مفيدا : والتقنين بعد كل ذلك مفيد من نواح مختلفة . فهو يساعد عامة الناس بل وخاصتهم على تعرف الأحكام القانونية كما ذكرنا ، ويعين على انارة الطريق الذى يجب أن يسلكه القانون فى مراحل تقدمه ، اذ هو بتسجيله المرحلة التى وصل اليها التشريع وقت التقنين يكون قد رسم له بذلك خطة للسير فى مراحله المستقبلة ، فيسير على هدى الماضى متصل الحلقات .

والتقنين يساعد كذلك على تقريب قوانين الأمم المتباينة بعضها من البعض الآخر ، وهو أكبر معين على دراسة القانون المقارن ، والأداة التى يتم بها توحيد القانون فى الأمة الواحدة وبين الأمم المختلفة .

تنقيح التقنين : على أن للتقنين أضرارا ، وأهم ضرر نشير اليه هو أن القانون المجمع لا يلبث مع الزمن أن يصير قديما ، لا يعبر بأمانة عن القانون الذى تطبقه المحاكم ، كما سبقت الاشارة الى ذلك . ولا علاج لهذا النقص الا بالتنقيح . ومن قال بفائدة التقنين فقد قال بضرورة التنقيح .

ومن العوامل التى تجعل التعجيل بالتنقيح أمرا ضروريا سوء وضع التقنين فى مبدأ الأمر ، وعدم العناية بصوغه . وتظهر عيوب التقنين عند التطبيق ، فمتى أظهرت التجارب أنه لم يعد صالحا ، وجب تنقيحه تنقيحا عاما شاملا ولا يمكن الاعتماد على القضاء فى ذلك . فان القضاء اذا استطاع ، بالتطبيق الحكيم لنصوص القانون ، أن يصلح فيه عيوبا جزئية ، وأن يعالج النقص فى بعض نواحيه ، فهو لا يستطيع أن يجعل هذا الاصلاح عاما شاملا لجميع النواحى ، والا خرج عن مهمته الى مهمة التشريع ، وهى مهمة لا يصلح لها ، اذ هو بطبيعة عمله لا يضع حلولا عامة ، بل ينظر فى أقضية خاصة ، ويعطى لكل قضية حلا ذاتيا عادلا . على أنه اذا فرض أن القضاء قام بمهمة التنقيح الشامل ، فان مزية التقنين تضيع ، لأن المقصود بالتقنين هو أن يجمع أحكام القانون كتاب واحد ، يسهل الرجوع اليه ، فاذا قام القضاء بتنقيح التقنين فى الأحكام التى يصدرها ، وهى متناثرة متفرقة ، أصبح القانون الذى تطبقه المحاكم ، وهو القانون الذى

يعتد به ، مخالفا لنصوص التقنين المجموعة ، فيكون القانون الحقيقي غير مقنن ولا مجموع . ويجب اذن أن نعيد جمعه من جديد ، وهذا هو التنقيح الشامل الذى نقول بضرورته .

ثم ان هناك عاملا آخر يشجع على التنقيح الشامل ، نراه فى سرعة تقدم القانون المقارن ، اذ هو يخطو خطوات سريعة ، و يصل الى نتائج لم تكن معروفة من قبل، و يساعد على ذلك أن أكثر الأمم قد قامت بتقنين قوانينها ، فسهلت المقارنة بين قانون وآخر ، وظهرت من هذه المقارنة عيوب ومزايا كل قانون . وأصبح المشرع فى بلد لا يقدم على تشريع قبل أن يراجع مثيله فى البلاد الأخرى .

تنقيح القانون المدنى الفرنسى ومناقشة ذلك بمناسبة العيد المئينى لهذا القانون : وقد ناقش الفقهاء الفرنسيون ، بمناسبة العيد المئينى للقانون المدنى الفرنسى ، وجوب تنقيح هذا القانون ، بعد أن كان قد مضى قرن على وضعه ، وأظهرت التجارب عيوبه ومزاياه ، فانقسموا فى هذا الأمر الى فريقين ، فريق يرى وجوب التنقيح ، وفريق لا يرى ذلك [1] .

فأما الفريق الأول فيدلل على صحة رأيه بأن القانون المدنى الذى وضع فى سنة ١٨٠٤ أصبح الآن لا يتفق مع القانون الذى تطبقه المحاكم ، وما النصوص التى نقرأها فى قانون نابليون الا هيكل عظمى مجرد من الحياة ، اذا قيس الى القانون الحى الذى يعمل به .

فهناك أجزاء من قانون نابليون قد ضمرت وماتت لأنها أصبحت غير صالحة للحياة ، وهناك اخطاء قانونية كثيرة يجب تصحيحها . وقد تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية عما كانت عليه فى أول القرن التاسع عشر تطورا جعل

---

(١) راجع آراء كل فريق فى كتاب العيد المئينى للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٩٠١ – ص ٩٨٦ .

الهوة سحيقة بين الماضى والحاضر ، وأصبح ما كان يصلح قانونا لجيل زراعى غير صالح لبيئة تجارية وصناعية ، تكدست فيها رؤوس الأموال ، وتقدمت الصناعات الكبيرة ، وقامت الآلات الضخمة ، واستغلت قوات طبيعية لم تكن معروفة من قبل. وترتب على ذلك أن كثرت القوانين التى عدلت من القانون المدنى العتيق ، فأصبح يرزح تحت ثقل هذه القوانين التى جدت ، وكادت تختفى معالمه ، بعد أن غطته سيول من مبادىء جديدة ، يأخذ بها القضاء والتشريع كل يوم ، ليسارى الزمن ، ويتمشى مع تطور الحضارة . حتى جاز لنا أن نتساءل ، هل يوجد حقا فى فرنسا تقنين مجمع ، أم أن جزءا كبيرا من القانون الفرنسى قد عاد الى الحالة التى كان عليها قبل عهد التقنين : قانون غير مكتوب تتلمس أحكامه فى القضاء والعادات وفى تشريعات متفرقة متناثرة لا تناسق فيها ولا أحكام .

ويجيب الفريق الثانى بأن لا حاجة لتنقيح التقنين ، لأن هذا التنقيح يتم كل يوم ، ويقوم به التشريع والقضاء والفقه . وكثير من الأحكام التى يقال ان هناك حاجة الى تعديلها يمكن أن تعدل ، لا من طريق التشريع ، بل من طريق القضاء والفقه . واذا بقيت بعض مسائل تحتاج الى تدخل المشرع ، فهى مسائل قليلة العدد ، يمكن معالجتها بتشريع جزئى . فلا حاجة اذن للتنقيح الشامل ، بل هو ضار من وجوه . فهو اذا عهد به الى الهيئات التشريعية المعتادة ، فان هذه الهيئات غير قادرة على ان تقوم بعمل فنى ، ويرجع ذلك لطبيعة تكوينها ، ولما لها من صبغة سياسية ، تجعل عملها ناقصا من الناحية العلمية . ثم ان التنقيح اذا أريد به ان يدخل فى التشريع عنصر التجديد ، حتى يتمشى مع أحدث النظريات الفقهية ، كان فى هذا كل الخطر ، فان الفقه فى تطور مستمر ، ولا يجوز للمشرع أن يتخذ موقفا معينا بالنسبة للنظريات الفقهية ، فالفقه لا يلبث أن يأخذ بالرأى حتى يبدو فساده ، ويهجره الى رأى آخر ، فهل يغير المشرع مع الفقه كل يوم لبوسا ؟ الأولى ألا يتعرض المشرع الا للحلول العملية ، دون أن يتخذ لنفسه مذهبا فقهيا معينا ، بل يترك الفقه حرا فى صوغ نظرياته ومذاهبه .

والتنقيح بعد كل ذلك يجعلنا أمام قانون جديد ، يجب تمهيد سبله ، وتفسير نصوصه ، حتى يصبح معبدا سهل المأخذ ، وقد استغرق هذا العمل بالنسبة لقانون سنة ١٨٠٤ ما يزيد على خمسين عاما ، فهل نبقى عقب كل تنقيح هذه الفترة الطويلة فى عمل تمهيدى ، حتى اذا ما انتهينا منه وجدنا أن القانون قد قدم ، وأنه فى حاجة الى تنقيح آخر ، فنراجعه وننتقل الى عمل تمهيدى آخر ، وهكذا لا نفتأ فى تنقيح مستمر ، وفى أعمال تمهيدية لا تفرغ ؟ فأين الاستقرار والثبات فى كل ذلك ، وهما من أخص ما يميز القانون الصالح للبقاء . يجب أن يستقر التقنين دهورا طويلة ، ولا يكون عرضة التقلقل والتزعزع ، والا فقد أهم مزية له . واذا كان قد مضى على قانون نابليون قرن من الزمن ، فانه لا يزال فى شرخ الشباب ، ولا يزال أمامه قرون طوال يعيشها قبل أن يكون فى حاجة الى تنقيح شامل ، ولقد عاش الرومان دهورا طويلة فى ظل قانون الألواح الأثنى عشر ، فلم ينقحوها منذ وجدت ، ولم يمنعهم هذا من أن يرقوا بقانونهم رقيا كان للفقه وللقضاء فيه الأثر الأكبر . فالقانون كاللباس ، لا يتشكل على الجسم ولا يتلاءم معه الا بطول الاستعمال . واذا كان الفرنسيون يحتفلون بمرور مائة عام على قانونهم المدنى ، فلأنه لا يزال قانونا فتيا ، ولا يجوز يوم الاحتفال به أن يقام مأتمه . واذا كانت بعض أجزاء القانون تحتاج الى تعديل حتى تماشى الزمن ، فلا بأس من اجراء هذا التعديل الجزئى ، ولكن لا ينبغى أن يهدم البناء كله لادخال بعض تغييرات ثانوية فى ترتيب هذا البناء .

واذا كان لنا أن نوازن بين حجج الفريقين ، فنحن نميل الى الجانب الأول ، ونرى أن القانون المدنى الفرنسى فى حاجة الى تنقيح شامل ، وهو أشد حاجة الى هـذا التنقيح فى الوقت الحاضر ، حيث غيرت الحرب الكبرى كثيرا من النظم الاقتصادية والاجتماعية ، وأصبح الفرق محسوسا بين حضارة سـنة ١٩٠٤ وحضارة اليوم . على أننا اذا عنينا بمسألة تنقيح القانون الفرنسى ، فهى لا تهمنا الا بالقدر الذى يصلها بمسألتنا نحن ، فاذا ثبت أن القانون الفرنسى ذاته فى حاجة الى تنقيح شامل ، كان القانون المصرى ، وهو صورة منه تـكاد تكون مشوهة ،

أشد حاجة الى ذلك .

وان من يتمعن فى حجج خصوم التنقيح يجدها تتلخص فيما يأتى : (١) لا حاجة الى التنقيح ما دام الفقه والقضاء يقومان به كل يوم ، و يكفى تعديل بعض نواحى القانون تعديلا جزئيا بتشريعات خاصة . (٢) ليس من الصواب أن يكون التشريع ظلا للنظريات الفقهية المتغيرة ، والأولى ألا يحوى الا القواعد العملية . (٣) التنقيح الشامل لا بد من أن يقره البرلمان ، والبرلمان ليس آلة صالحة للتشريع المدنى . (٤) اذا تم التنقيح فلا بد من مضى وقت طويل حتى يوطأ سبيل القانون الجديد .

والمتأمل فى هـذه الحجج لا يجـدها مقنعة ، وأ كثرها فى الواقع ينصب ، لا على تنقيح التقنين ، بل على فـكرة التقنين ذاتها . وقدما كان للتقنين خصوم اعترضوا عليه بمثل هذه الحجج ، ولـكن التجارب أثبتت فسادها ، فمتى سلمنا بأن التقنين مفيد ، كان لا بد لتمام فائدته من أن ينقح من وقت لآخر ، والا ضاعت مزيته الـكبرى ، وهى أن يكون صورة صحيحة للقانون الذى يطبق فى العمل .

وقد بين أنصار التنقيـح أن الا كتفاء بتعـديل جزئى فى بعض نواحى التقنين يجعل القـانون متناقض الأجزاء ، متنـافر التركيب . كما أن ترك أمر التنقيح للفقه والقضاء من شأنه أن يفقد التقنين مزيته ، أذ تصبح القواعد القانونية غير ثابتة ولا مستقرة ، ولا يستطيع أحد أن يعرف ماذا يقضى به القضاء غدا ، وهل يبقى على قضاء اليوم ، أم يعدل عنه ، وتغير القضاء فيه خطر كبير على استقرار المعـاملات ، لأن له أثرا رجعيا ليس للتشريع . أما الخـوف من ادخال نظريات جديدة عند التنقيح ، فخوف مبالغ فيه ، اذ يجب عند التنقيح ألا يدخل فى القـانون الا ما استقر وثبت من الأحكام . أما النظريات الاجتماعيـة والاقتصادية التى لا تزال محلا للنزاع ، فلا يجوز اتخاذ موقف معين بالنسبة لها عند التنقيح ، بل يجب تركها يضطرد تطورها ، وتتمحص الآراء فيها . أما أن البرلمان آلة غير صالحة للتشريع المدنى ، فمن السهل الاجابة على هـذا الاعتراض بأن الاجراءات البرلمانية المعتادة يمكن أن يدخل فيهـا شىء من التعديل يجعلهـا

تتفق مع طبيعة التشريع المدنى عند نظر هذا التشريع . كذلك الاعتراض بأن التنقيح يجب أن يعقبه تنقيحات أخرى وأعمال تمهيدية جديدة متكررة انما هو اعتراض على التقنين فى ذاته لا على تنقيح التقنين .

مراجعة القانون المدنى المصرى : على أنه مهما يكن من شك فى حاجة القانون الفرنسى الى التنقيح ، فلا شك فى حاجة القانون المصرى الى ذلك لاعتبارات خاصة به . وهذا ما نتولى الآن بحثه ، فنبين أولا ما الذى يدعونا الى القول بوجوب تنقيح قانوننا المدنى ، ثم نبسط بعد ذلك رأينا فى الأساس الذى يجب أن يبنى عليه هذا التنقيح .

§ ١

وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى

الآراء المختلفة فى هذا الموضوع . ناقش هذه المسألة الخطيرة فريق من كبار المشتغلين بالقانون المصرى الأجانب ، منهم الأساتذة بيولا كازيللى [١] ومسينا [٢] ووالتون [٣] و بوايه [٤] ، فكان الأولان من خصوم التنقيح والأخيران من أنصاره .

و يعزز الأستاذ بيولا كازيللى ، وهو من خصوم التنقيح ، رأيه بالحجج الآتية : (١) اذا أردنا أن نستند ، فى تنقيح القانون المدنى المصرى ، الى التشريعات الأوروبية التى قننت قبل الحرب ، فهى قوانين قد صيرتها الحرب قديمة عتيقة ، واذا أردنا الاستناد الى القوانين الناشئة بعد الحرب ، فهى قوانين لم يطل بها العهد حتى تستقر ، ولم يمض عليها وقت كاف حتى نجزم بصلاحيتها (ونلاحظ هنا أن الأستاذ بيولا كازيللى كان يبدى هذا الرأى فى سنتى ١٩١٩ و ١٩٢١) . (٢) ليست عيوب القانون المدنى المصرى بالقدر الذى تصوره النقاد عادة ، بل ان فيه من المزايا ما يجعله متقدما على القانون الفرنسى نفسه فى بعض النواحى . (٣) ليس التنقيح بالأمر السهل ، وقد أحجم عنه المشرع الفرنسى نفسه ، مع أن تقنينه أقدم من التقنين المصرى . وتزيد الصعوبة أمام المشرع المصرى ، اذا لاحظنا ما يجب عليه من مراعاة حالة مصر الخاصة ، والتوفيق بين التشريعات الأوروبية والعادات والتقاليد المصرية ، مع افساح جانب للشريعة الاسلامية اذ هى شريعة البلاد الأصلية ، وقد صار لها بين المصريين من الجيل الجديد دعاة أكثر تحمسا وأشد ثباتا وأقوى حجة . (٤) اذا فتح الباب لتنقيح القانون المصرى

(1) Piola Caselli: *L'Egypte Contemporaine* 1919, No. 42; 1921 No. 57.

(2) Messina: *L'Egypte Contemporaine* 1921 No. 59.

(3) Walton: *L'Egypte Contemporaine* 1916 No. 26 (voir aussi la note présentée par M. Walton à la Commission des Capitulations en 1920).

(4) Boyé: *L'Egypte Contemporaine* 1930, XXII (p. p. 27-29).

فلا بد من دخول القانون الانجليزى من هذا الباب ، ولا سبيل للتوفيق بين مبادىء هذا القانون ، وهو فردى النزعة ، يعطى القاضى أوسع الحرية ، ومبادىء القوانين اللاتينية التى هى أكثر اتفاقا مع عقلية الأمة المصرية وتكوين القضاة المصريين واستعدادهم .

ويضيف الأستاذ مسينا حجة أخرى ، فهو يرى أن تنقيح القوانين المصرية فى الوقت الحاضر سابق لأوانه . اذ يجب أن تمهد لها بدراسة هذه القوانين دراسة مستقلة فى ضوء القضاء المصرى حتى تصل بذلك الى تمصيرها .

أما الأستاذ والتون فهو من دعاة التنقيح الشامل . وحجته فى ذلك أن هذا التنقيح التشريعى أفضل بكثير من ترك الأمر للقضاء ، فتفسير القضاء غير ثابت ولا مستقر ، هذا الى أن التنقيح يمكننا من الاستفادة من التشريعات الحديثة التى جدت بعد وضع القوانين المصرية .

وينصح الأستاذ بوابيه باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى تشريعا عصريا يعدل التقنين فى باب الالتزامات والعقود ، حتى يمهد بذلك سبيل توحيد القانون بين الأمم المتاخمة للبحر الأبيض المتوسط .

ونحن لا نرى فى حجج خصوم التنقيح ما يقنع ، فقد مضى على الحرب الكبرى خمسة عشر عاما استطاع العالم فى غضونها أن يتبين أثر هذه الحرب فى النظم القانونية . كما أن صعوبة التنقيح لا تصلح حجة للعدول عنه ، والا امتنع القيام بهذا العمل فى أى وقت رغما من ظهور الحاجة اليه . وترك الأمر للمحاكم المصرية ، تصلح من عيوب التشريع ، وتستعين فى ذلك بقواعد العدالة ، معناه أننا قد فقدنا مزية التقنين ، وعلينا أن نتلمس قانوننا فى قضاء المحاكم .

واذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فنحن نحب أن يكون لمصر صوتها فى هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعبر بأمانة عن رأى المصريين المشتغلين بالقانون ، اذا قلنا ان التقنين المدنى المصرى فى أشد

الحاجة الى تنقيح شامل جامع [1] ، ولكن لا على أساس النقل الحرفى من القوانين الأوروبيـة ، بل على أساس آخر ، نبينه بعد أن نبسط الأسبـاب التى تدعونا الى القول بوجوب التنقيح .

الأسباب التى تدعو لمراجعة القانون المدنى المصرى : أما هذه الأسباب فترجعها الى أمرين : (أولا) كان التقنين المدنى المصرى فى وضعه صورة ممسوخة من التقنين الفرنسى ، تسرع واضعه فى صياغته ، ولم يكن عنده من الوقت ولا من الاستعداد ما يكفى للقيام بعـمل متقن . وهو بعد لا يشمل كل أجزاء القانون المدنى ، اذ ينقصه نحو النصف ، وهو القسم الخاص بالأحوال الشخصية . وقد تعدد تعددا معيبا ، فهناك تقنين يطبق على المصريين وحدهم ، وتقنين آخر ، يختلف بعض الاختلاف عن الأول ، يطبق على المصريين والأجانب . (ثانيا) لا شك فى أن تقدم علم القـانون المقارن ، والتشريعات الحديثة التى جدت منذ صدور القوانين المصرية ، يفيد كثيرا فى مراجعة التقنين المدنى المصرى . فـكما نستطيع أن نستفيد من الشريعة الاسلامية ، وهى شريعة البلاد الأصلية ، ومن تجاربنا الخاصة التى نتلمسها فى قضائنا ، يمـكننا أيضا أن نستنير بضوء تجارب الأمم الأخرى . ولا شك فى أن رقى تشريعات هذه الأمم ، وتقدمها على التقنين الفرنسى تقدما محسوسا ، من الأسباب القوية التى تدعونا الى تنقيح تقنيننا ، حتى ندخل فيه ما استحدث من النظم القانونية مما نراه صالحا لنا ، فنتمشى بذلك مع التطورات الحديثة فى علم القانون .

---

(١) يسرنا أن نسجل هنا تصريحا لوزير الحقانية ، تضمنته الخطبة التى ألقاها فى عيد الاحتفال الخمسينى بالمحاكم الأهلية ، فقد جاء فيها ما يأتى : « أما من حيث التشريع ، فان القوانين التى وضعت عند انشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب ، لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها ، وهناك نية فى مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها ، حتى تضارع أحسن القوانين فى البلاد المتمدينة ، وستؤلف لجنة خصيصا لهذا الغرض من رجال خبيرين أكفاء » (انظر ص ٧ من الكتاب الذى تضمن الخطب التى ألقيت فى هذا الاحتفال) .

وها نحن نتبسط فى تفصيل كل من هذين الأمرين .

أولا : عيوب التقنين المدنى المصرى

كيف وضعت التقنينات المصرية : لمحة تاريخية

غموض هذا التاريخ : لا يزال تاريخ وضع التقنينات الأهلية غامضا ، ويرجع ذلك الى أن واضعى هذه التقنينات لم يحرصوا على ترك أعمال تحضيرية للأجيال المقبلة ، يتبينون منها كيف وضعت .

كيف وضعت التقنينات المختلطة : وقد صيغت التقنينات الأهليـة على مثال التقنينات المختلطة ، وهى فى أكثر أجزائها مجرد نقل عن هـذه ، وان كانت توجد بعض الفروق بينهما . على أن التقنينات المختلطة نفسها ليست لها أعمال تحضيرية ، وقد وضعها محام فرنسى ، اسمه الأسـتاذ مانورى (Manoury) ، كان مقيما فى الاسكندرية ، واتخذه نوبار سكرتيرا له ، ثم عينه بعد ذلك سكرتيرا للجنة الدولية التى كانت تدرس مشروع انشـاء المحاكم المختلطة بمصر . وتاريخ انشاء هذه المحاكم معروف ، وهو مدون فى كثير من الـكتب . والذى يستخلص من هـذا التاريخ أن مجهود نوبار كان موجها الى الاتفاق مع الدول ذوات الامتيازات على لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وتحديد اختصاص هـذه المحاكم . أما القوانين التى تطبق فلم تنل أية عناية من جانب الطرفين المتفاوضين ، وقد اكتفيا بتقرير وجوب استمداد هذه القوانين من التقنينات الفرنسية ، اذ كانت أكثر القوانين شيوعا فى ذلك العهد ، وكانت الجالية الأجنبية فى مصر ، وأربعـة أخماسها من اليونانيين والفرنسيين والايطاليين ، تؤثرها على غيرها من القوانين . هذا الى أن المشرع المصرى والمشرع العثمانى كانا قد نقلا عن هذه التقنينات فى عهود سابقة ، لا سيما القانون التجارى ، وصار من المألوف الى حد كبير أن تطبق القوانين الفرنسية فى مصر .

من أين أخذت هذه التقنينات : وقد نقل واضع التقنينات المختـلطة نصوصه من القوانين الفرنسية للأسباب المتقدمة بعد ان اختصرها اختصارا مخلا

فى كثير من المواضع ، ونقل فى بعض المسائل عن القضاء الفرنسى ، واقتبس بعض الأحكام من الشريعة الاسلامية ، وأخذ عن التقنين الايطالى الذى صدر فى سنة ١٨٦٦ بعض النصوص .

ترجمتها الى اللغة العربية : وكلفت الحكومة المصرية لجنة مشكلة من بعض كبار المترجمين و بعض علماء الأزهر (نذكر من بينهم محمد قدرى باشا وحسين فخرى باشا و بطرس غالى باشا) بترجمة التقنينات المختلطة الى اللغة العربية ، وكانت التقنينات الفرنسية قد ترجمت قبل ذلك (١) .

فوضى القضاء فى ذلك العصر : ولما استقر الأمر بالمحاكم المختلطة و بقوانينها ، تطلعت الحكومة المصرية فى ذلك العهد الى انقاذ البلاد من الفوضى التى كانت سائدة فى القضاء المصرى . وقد كتب الكثير عن هذه المجالس التى كانت تلى أمور القضاء الى جانب المحاكم الشرعية ، قبل انشاء المحاكم الأهلية ، وكيف كان العدل فيها ضائما ، والفوضى مستحكمة . وكانت القوانين التى تطبق فى هذه المجالس هى القوانين المعمول بها فى الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المحلية فى البلاد ، كما كان يطبق القانون التجارى العثمانى المأخوذ من القانون الفرنسى .

لجنة تحضير المحاكم الأهلية : ولا شك فى أن العصر الذى نتكلم عنه يعتبر بحق عصر « الاصلاح القضائى » فى مصر ، فقد كان الجو مشبعا بفكرة هذا الاصلاح ، وكان هم الحكومة المصرية هو أن تنفذ الخطط التى وضعتها لذلك ، فتالفت فى أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين ، كما تقوم المحاكم المختلطة بالقضاء بين المصريين والأجانب . وكان

(١) فترجم القانون المدنى الفرنسى رفاعة بك رافع وعبد الله بك وأحمد أفندى حلمى وعبد السلام أفندى أحمد . وترجم قانون المرافعات أبو السعود أفندى وحسن أفندى فهمى . وترجم قانون العقوبات قدرى باشا . وترجم قانون تحقيق الجنايات صالح مجدى بك . وجمعت هذه التراجم وطبعت بالمطبعة الأميرية فى سنة ١٢٨٣ هجرية .

بين أعضاء هذه اللجنة ڤاشير (Vacher) النائب العمومى لدى المحاكم المختلطة فى ذلك الوقت ، وموريوندو (Moriondo) (وهو الذى تولى وضع القانون المدنى ، وكان محاميا ايطاليا ، عين قاضيا بمحكمة الاسكندرية المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، واستمر يتقلب فى الوظائف القضائية حتى وصل الى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة ، وتوفى سنة ١٩١١) ، ولو (Law) من قضاة المحاكم المختلطة فى ذلك الوقت ، وبطرس غالى [١] وقد كان اذ ذاك وكيلا للحقانية . وكان المرحوم قدرى باشا ناظرا للحقانية فى ذلك العهد ، وقد اشترك مع اللجنة فى عملها . وتقيدت اللجنة بتقنينات المحاكم المختلطة ، الى حد أنها كادت تنقلها بحروفها ، على أنها أدخلت بعض تعديلات جزئية اقتضتها الظروف وقتئذ . وقد كلف ڤاشير بوضع قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات ، وكلف موريوندو بوضع القانون المدنى وقانون المرافعات ، واشترك قدرى باشا فى وضع القانون المدنى وقانون تحقيق الجنايات والقانون التجارى .

لائحة سنة ١٨٨١ : واتجهت عناية اللجنة بنوع خاص الى وضع لائحة لترتيب المحاكم الجديدة ، وقد صدرت هذه اللائحة بالفعل فى ١٧ نوفبر سنة ١٨٨١ . وعين على أثر صدورها النائب العمومى لدى هذه المحاكم الجديدة (اسماعيل يسرى باشا) و بعض رؤساء وأعضاء النيابة الأهلية .

الثورة العرابية : ومن ذلك نرى أن انشاء المحاكم الأهلية نبتت قبل دخول الانجليز فى مصر ، وقام رجال ذلك العهد بتنفيذها فعلا ، ووصلوا فى ذلك الى حد تعيين أعضاء النيابة . ولو أن الثورة العرابية أمهلتهم لأكملوا تنفيذها .

لائحة سنة ١٨٨٣ : ولكن هذه الثورة ما لبثت ان هدأت ، فرجعت الحكومة المصرية الى المضى فى عملها ، وكان ناظر الحقانية حينئذ هو حسين

(١) وقد استرشدت اللجنة بآراء الشيخ البحراوى مفتى نظارة الحقانية فى ذلك العهد فى المسائل التى يرجع فيها الى أحكام الشريعة الاسلامية (انظر مذكرات الأستاذ صادق فهمى بك فى تاريخ القانون المدنى المصرى ص ٢٨١ — ٢٨٤ . وقد نقل هذه الوقائع من حديث له مع صاحب الدولة يوسف وهبه باشا الذى كان سكرتيرا لنظارة الحقانية فى ذلك العهد ، ومع صاحب السعادة محمد صدقى باشا الذى كان موظفا بقلم الترجمة بنظارة الحقانية) .

فخرى باشا وناظر النظار هو محمد شريف باشا ، وكانا متفائلين كل التفاؤل بالنتائج التى تجنى من وراء انشاء هـذه « المحاكم المستجدة » ، الى حـد أنهما كانا يظنان أن هذه المحاكم لا تلبث أن تغنى عن المحاكم المختلطة بعـد بضعة من الشهور[1] . وفى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ صـدرت لائحة أخرى لترتيب المحاكم الأهلية غير اللائحة التى صدرت فى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ ، وهى لا تشير الى اللائحة الأولى ، ولا يفهم منها أنها جاءت بعد لائحة سـابقة (الا فى النص الفرنسى ، وفى العنوان فقط ، حيث استعملت كلمة Réorganisation ومعناها اعادة التنظيم) ، لذلك كان أمر صدور اللائحة الأولى الذى يثبت أن المحاكم الأهلية قد أنشئت قانونا قبل دخول الإنـكليز فى مصر ، غير معروف معرفة كافية فى الأوساط القانونية فى مصر . وتختلف اللائحة الثانيـة ، وهى المعمول بها حتى اليوم ، عن اللائحة الأولى فى بعض مسـائل ، أهمها أن اللائحة الأولى كانت تنص على انشـاء محكمة تمييز (محكمة النقض والابرام) لم تنص عليها اللائحة الثانية ، ومنها أن السودان كان داخلا فى الاختصاص القضائى للمحاكم الأهلية بموجب اللائحة الأولى دون الثانية (اذ لم تكن ثورة المهدى قد شبت فى السودان) ، ومنها أن ترتيب المحاكم كان يختلف بعض الاختلاف فى لائحـة عما هو فى الأخرى ، ومنها أن لائحة سنة ١٨٨١ كانت تنص على انشاء محكمة ادارية تنظر

---

(١) وهـذا نص الحديث الذى دار بين فخرى باشا وشريف باشا فى هذا الصدد عند انعقاد مجلس النظار فى أواخر سنة ١٨٨٢ : فخرى باشا : « لى أمل بأنه مع اعتدال محاكمنا الأهلية التى تنشأ على النظام الجديد ، وقيامها بحق واجباتها ، بموجب ذات القوانين المتبعة فى المحاكم المختلطة ، يتيسر للحكومة الاستغناء عن المحاكم المختلطة ببرهان عدم الحاجة اليها » . شريف باشا : « يلزمنا تشكيل محاكمنا الأهلية وانتظامها ، بحيث مع سيرها المنتظم ، يمكن الاستغناء عن المحاكم المختلطة بعد ثلاثة أو أربعة أشهر ، أولى من بقائها على الدوام ، ودوام العار علينا بوجود محاكم دولية » .

ويفهم من حديث فخرى باشا أن نقل التقنينات المختلطة كان مقصودا ، وكان يراد به أن تكون القوانين واحدة فى المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، حتى يتيسر الاستغناء عن المحاكم المختلطة ، والاكتفاء بالمحاكم الأهلية .

فى قضايا الحكومة وقد جاءت لائحة سنة ١٨٨٣ خلوا من ذلك .

التقنينات الستة الأهلية : ثم صدرت بعد ذلك التقنينات الستة التى حضرت فى العهد الأول (فى سنة ١٨٨١) ، وكان صدورها سريعا ، عند ما أحس شريف باشا أنه معتزل الحكم لرفضه التخلى عن السودان ، وأن الانجليز لا ينظرون بعين الرضاء الى محاكم أهلية تنشأ على النظام الفرنسى ، وتتخذ القوانين الفرنسية تشريعا لها ، وهم يطمعون أن يدخلوا القانون الانجليزى فى هذا النظام الجديد ، حتى يبسطوا رقابتهم على المحاكم الجديدة . فبادر فخرى باشا ، (وهو وقدرى باشا رجلان يجب أن يقترن اسماهما بالمحاكم الأهلية) الى استصدار التقنينات الأهلية فى أواخر سنة ١٨٨٣ [1] .

افتتاح المحاكم الأهلية : وفى يوم الاثنين ٣١ دسمبر سنة ١٨٨٣ احتفل توفيق باشا خديوى مصر بافتتاح محكمة استئناف مصر الأهلية ومحكمتها الابتدائية ، وحلف قضاة الاستئناف والنائب العمومى أمامه اليمين فى سراى عابدين ، وأعلن فخرى باشا فى سراى محكمة الاستئناف افتتاح هاتين المحكمتين رسميا فى نفس اليوم [2] . و بعد ذلك ببضعة أيام سقطت وزارة شريف باشا .

---

(١) ومما هو جدير بالذكر أن التقنينات الأهلية وضعت أولا باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت بعد ذلك . وفى حديث صاحب الدولة يوسف وهبه باشا للأستاذ محمد صادق فهمى بك (وهو الحديث الذى سبقت الاشارة اليه) أن يوسف وهبه باشا نفسه هو الذى كلف بترجمة القوانين الأهلية ، مسترشدا فى ذلك بترجمة القوانين المختلطة التى سبق ذكرها . وبعد أن أتم مهمته ، تشكلت لجنة من مصطفى رضوان بك (أحد تلاميذ رفاعه بك) ومحمد عبد السميع (من رجال القضاء) وأمين شكرى باشا (من أعضاء النيابة المختلطة) وتادرس بك ابراهيم (مترجم بالمحاكم المختلطة) ، وراجعت الترجمة ، ثم صدرت الأوامر بالقوانين الأهلية ، وقد صدر القانون المدنى فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقوانين الخمسة الأخرى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ .

(٢) ثم افتتحت بقية محاكم الوجه البحرى بعد ذلك بقليل . ولم تفتتح المحاكم الأهلية فى الوجه القبلى الا فى سنة ١٨٨٩ ، وبافتتاحها أصبحت المحاكم الأهلية الجديدة منتشرة فى جميع البلاد .

ولكن انشاء المحاكم الأهلية صار أمرا واقعا[1].

---

(١) ويقول مينار (Minnaert) (وهو قاض بلجيكى ، عين مستشارا فى محكمة الاستئناف الأهلية فى أول انشائها ، ووضع كتابا عن انشاء المحاكم الأهلية اسمه « القاهرة والقضاء الدولى فى مصر » (Le Caire et la Justice Internationale en Egypte) فى كتابه ما يأتى : « . . . وظهر نشاط غير معتاد ، فاشتريت سراى المحكمة ، وتمت التعيينات لمناصب القضاء فى سرعة تامة ، وصدر دكريتو فى ٣٠ ديسمبر يعلن افتتاح المحاكم فى الغد . فقد كان شريف باشا يحس الخطر . وقد سقطت وزارة شريف بعد ذلك بخمسة أيام . ولو لم يصبح انشاء المحاكم الأهلية حقيقة واقعة عند تولى نوبار باشا الوزارة ، لما أحجم هذا عن أن يحول دون افتتاحها ، مجاملة منه لانجلترا ، ولأن هذه المحاكم ليست من عمله » . (انظر ص ٢٣٣ من الكتاب المذكور) .

ويذكر المؤلف فى كتابه كثيرا من الوقائع تدل على أن نوبار باشا ، وقد تولى الوزارة بعد اعتزال شريف باشا ، أخذ يناهض المحاكم الأهلية الناشئة ، ويناصبها العداء . وقد أغمضت الانجليز أعينها عن ذلك ، حتى تسود الفوضى فى المحاكم الأهلية ، فتتولى هى أمر الرقابة عليها .

من ذلك أن نوبار باشا اضطر اسماعيل يسرى باشا الى الاستقالة من منصب رئيس محكمة الاستئناف ، لأنه أبى أن يسمع مرافعة باللغة الفرنسية من مندوب أوفده نوبار عن الحكومة المصرية ، وكانت حجة الرئيس فى ذلك أن اللغة العربية هى اللغة الرسمية للمحاكم الأهلية ، فلا يجوز سماع المرافعات بغيرها ، ولم يسمح لمندوب الحكومة المصرية الا بتقديم مذكرة باللغة الفرنسية .

ومن ذلك أن دائرة من دوائر الاستئناف ، تحت رئاسة حسين واصف بك ، حكمت فى احدى القضايا ضد رجل أرمنى ، فذهب هذا يشكو لمواطنه نوبار ، فانتشرت الاشاعات بعد ذلك بقليل ، تذيع أن رئيس الدائرة قد ارتشى ، وقد أبى نوبار أن يجرى تحقيقا فى هذه المسألة بعد أن طلب منه ذلك حسين واصف بك ، بل اكتفى بنقله الى المحاكم المختلطة ، فأبت هذه المحاكم قبوله قبل اجراء تحقيق يثبت براءته . وترتب على ذلك أن الرجل فقد منصبه فى المحاكم الأهلية ، ولم يحصل على منصب فى المحاكم المختلطة . ومما هو جدير بالذكر أن الحكم الذى أصدرته دائرة حسين واصف بك ، والذى اتهم فيه بالارتشاء ، أيدته دائرة أخرى من دوائر الاستئناف ، عند رفع الأمر اليها من طريق التماس اعادة النظر .

ومن ذلك أن نوبار عين حاجبه مستشارا بمحكمة الاستئناف الأهلية ! ! وكان هذا الحاجب عينا له على مستشارى المحكمة .

ونحن نحيل القارىء على هذا الكتاب الممتع ، فقد ورد فيه كثير من الوقائع الشيقة المتعلقة بانشاء المحاكم الأهلية ، والخاصة برجال ذلك العهد .

والذى يهمنا من التقنينات الستة المتقدمة الذكر هو التقنين المدنى . ولا شك فى أن هذا التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل . ولكن قبل أن نسترسل فى بيان هذه العيوب ، نحب أن نقدم كلمة أنصاف للمشرع المصرى فى سنتى ١٨٧٦ و ١٨٨٣ ، فمهما كان شأن العيوب التى نشير اليها — وهى جسيمة كما سنرى — فلا شك فى أن الجيل المصرى الذى تلقى هذا التقنين فى أواخر القرن الماضى كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد . فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التى سبقته ، حيث كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع فى البلاد توزيعا سيئا . فأعقب النظام الفوضى ، وتنفست البلاد الصعداء ، اذ أحست أنها تستقبل عهدا جديدا من الاصلاح . ولم يكن لأحد أن يؤمل انتقال البلاد طفرة واحدة الى درجة الكمال فى التشريع والقضاء . ويكفى أن تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة عهد جديد لرقى حقيقى كسبته البلاد فى تشريعاتها ونظمها القضائية .

فقوانين « الاصلاح » المختلطة والأهلية ، رغم كونها معيبة ، كانت تحسنا محسوسا بالنسبة لأسواء الماضى [1] .

---

(١) ومما يدل على أن الجيل الذى تلقى القوانين الجديدة قد رحب بها ، ما ننقله هنا من جريدة الوقائع المصرية الصادرة بتاريخ ٣ صفر سنة ١٢٩٨ (٤ يناير سنة ١٨٨١) عدد ١٠٠٣ ، فقد ورد فيها ما يأتى : « اصلاح قوانين المجالس المحلية : أقبلت علينا بشائر الاصلاح ، اذ ورد الينا من مقام رسمى أن قوانين اصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاؤها ، وأن العمل بموجبها سيشرع فيه عما قريب . ولا ريب أن هذا يكون من أعظم الاصلاحات التى أسستها هيئة الحكومة الحاضرة . فان اختلال القوانين واجمالها وأبهامها ونقصها مما يؤدى لضياع الحقوق ، وامتداد يد التعدى ، ويوجب تعطيل الأعمال وكثرة الارتباك . فاذا تعينت الحدود ، وتبينت وجوه الأعمال ، ووقف كل أحد على ما رسم به القانون ، سارت الأعمال على الاستقامة وقوى الضبط ، وقل الخلط والخبط . خصوصا اذا انتشرت القوانين ، وصارت فى أيدى العامة والخاصة يتداولونها ، ويدركون مغزى ما كتب بها . وقد كان الناس فى حرج وضيق يصدر من تشتت القوانين واللوائح والتعليمات ، وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف عليه كل شخص ، حتى لا يكون لعديم الذمة =

على أنه بعد أن اطمأنت البلاد الى تشريعها ونظمها الجديدة ، وألفت الأجيال التالية أن ترى محاكم منظمة ، وقوانين مستمدة من أرقى شرائع العالم ، واستقرت الحال بالقضاء الجديد ، واستتب الأمر له ، بدأ المشتغلون بالقانون يشعرون بما فى القوانين الجديدة من نقص فاضح وعيوب جسيمة ، لم يكن يتسنى للجيل السابق ، فى أول عهده بهذا النظام ، أن يحسها . فالآن ، وفى ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالى ، وأظهرت عيوبه من نواح مختلفة ، يحق لنا أن نكون أقسى فى الحكم على هذا النظام ، وأن نتطلع الى مثل أدنى للكمال ، وألا نقنع بما قنع به آباؤنا ، فالزمن حركة ، والوقوف عند الماضى جمود . . .

لذلك يحق لنا أن نبين ، فى شىء من الاسهاب ، عيوب تقنيننا المدنى ، وندل على ما فيه من النقص ، متخذين فى ذلك معيارا يتفق مع ما وصل اليه علم القانون من الرقى فى العصر الحاضر . ولا نقتصر على معيار القانون الفرنسى ، فهو قانون عتيق ، قد ظهرت عيوبه للجميع

= قدرة على محاولته . وهذه نظارة الحقانية أصدرت هذا المنشور للمراكز المحلية ، تخبرهم أن ترتيب القوانين قد أشرف على التمام ، فتعجلوا بإنهاء القضايا الموجودة قبل صدور القوانين ، كيلا يكون العمل اذ ذاك على نوعين » .

وهذا هو رأى الكثيرين ممن درسوا هذه المسألة : انظر ارمانجون فى العيد المئيني للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٧٤٧ — ثان أكر فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٩٦ — ويبولا كازيللى فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٧ .

وقد دافع منشيني (فى تقريره الذى قدمه لمجلس النواب الايطالى فى سنة ١٨٧٥ عن انشاء المحاكم المختلطة) عن تقيد مصر بالقوانين الفرنسية ، فذكر أن هذه القوانين ، مهما كانت معيبة ، قد جربت وأثبتت التجارب صلاحيتها ، وأنه خير لمصر أن تأخذ بهذه القوانين الناقصة ، على أن تصلحها فيما بعد ، من أن تندفع الى الأخذ بقوانين جديدة لم تجرب .

وعيوب تقنيننا تتناول الموضوع والشكل [١] .

عيوب التقنين المدني من حيث الموضوع

بيان هذه العيوب : يمكن القول أن تقنيننا المدني فيه نقص ، ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث تجب الافاضة ، ثم هو

---

(١) وقد حمل كثير من الكتاب على التقنين المدني المصري ، وبينوا عيوبه ، ولكنهم اقتصروا في ذلك على الاجمال دون التفصيل : انظر المرحوم فتحي زغلول في القانون المدني ص ٣ وص ٥ — الأستاذ حلمي عيسى باشا في البيع ص ٤ وما بعدها — الأستاذ محمد صادق فهمي بك في تاريخ القانون المدني ص ٢٦١ — ٢٦٢ — هالتون جزء ١ كلمة تمهيدية ص ٢٠ — ٢١ — ادمانجون في البحث المئيني للقانون المدني الفرنسي ٢ ص ٧٠٦ — مسينا في شرح القانون المدني المختلط ١ ص ٢٣ — ٢٤ وص ٣٤ — ٣٥ — دى روزاس في الامتيازات الأجنبية طبعة ثانية جزء ٢ ص ٢٩٢ وص ٤٣٩ — الأستاذ عبد السلام ذهني بك في مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة (باللغة الفرنسية). جزء ١ ص ٧٩ — هربروس في نقص التشريع المختلط في الكتاب الذهبي لعيد المحاكم المختلطة ص ٤٤٣ وما بعدها — تقرير المستشار القضائي للحكومة المصرية سنة ١٩٠٤ (النسخة العربية ص ٤٨) .

على أننا لا نريد أن نغمط تقنيننا حقه ، فهو في بعض المسائل قد جارى ما أدخله القضاء والفقه من التعديل على التشريع الفرنسي ، فترتيبه لمصادر الالتزام (م ٩٣/١٤٧) أدق من ترتيب التقنين الفرنسي . وجعله المحل والسبب ركنين في الالتزام (م ٩٤ — ٩٥/١٤٨ — ١٤٩) صحح خطأ المشرع الفرنسي الذي جعلهما ركنين في العقد . وفصله نظرية الالتزام عن نظرية العقد احتراز من خلط معيب وقع فيه التشريع الفرنسي . وقد أخذ مشرعنا عن القضاء الفرنسي (لا عن التشريع) بعض مسائل هامة ، نذكر منها عيوب الرضا (م ١٣٤ — ١٣٦/١٩٤ — ١٩٦) والهبة المستترة (م ٤٨/٧٠) ، والتضامن في المسئولية التقصيرية (م ١٥٠/٢١١) ، وجواز تعديل أجر الوكيل (م ٥١٤/٦٢٨) ، والمصاريف الفاحشة في بيع الوفاء (م ٣٤٤/٤٣٠) وحق امتياز المقاول من الباطن (م ٤١٥/٥٠٧) .

وقد عدد الأستاذ بيولا كازيلي (في مقاله المنشور بمجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٨) سبعة وأربعين مسألة تفصيلية ، نقلها من كتاب الأستاذ والتون في الالتزامات ، وذكر أن الأستاذ والتون رأى أن التشريع المصري متقدم فيها عن التشريع الفرنسي .

يسترسل فى التافه من الأمر فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة . يقلد القانون الفرنسى تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه ، دون أن يتنبه الى ما أدخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح . وهو بعد متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض أخطاء معيبة كان من الهين أن يتجنبها المشرع المصرى لو اصطنع الأناة وحرص على الاتقان . وما كل هذا الا بعض ما يقال فى عيوب هذا التقنين .

النقص : أما النقص فيرجع بعضه الى أن تقنيننا المدنى لا تتناول نصوصه الا المعاملات دون الأحوال الشخصية . وبين الدائرتين دائرة مشتركة يغفلها تقنيننا . فاذا تلمسناها فى قانون الأحوال الشخصية ، وجدنا الشريعة الاسلامية تقرر فيها مبادىء تتناقض تناقضا أساسيا مع مبادىء القانون الفرنسى . فنقع فى حيرة وارتباك ، ونتساءل أأراد المشرع أن يكل حل ما أغفله الى مبادىء الشريعة الاسلامية ، أم الى مبادىء القانون الفرنسى ؟ أنطبق على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الورثة مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بألا تركة الا بعد سداد الدين ، أم مبدأ القانون الفرنسى الذى ينقل الحقوق والديون الى الورثة ؟ ثم هل تنتقل الالتزامات بوجه عام الى ورثة المدين ؟ وأى مسائل الهبة تطبق عليها أحكام الشريعه الاسلامية ، وأيها تنطبق عليه مبادىء القانون الفرنسى ؟ وأى تقادم يسرى على الأموال الموقوفة ، أتقادم الشريعة الاسلامية وهو ثلاثة وثلاثون عاما ويمنع من سماع الدعوى ، أم تقادم القانون المدنى وهو خمسة عشر عاما ويكسب حق الملكية ؟ كل هذه مسائل تضاربت فيها الأحكام ، واذا كانت قد استقرت فى بعضها ، فهى متقلقلة فى البعض الآخر ، ولا يزال التشريع المصرى فى حاجة الى كثير من الوضوح والبيان ، حتى فيما استقر عليه القضاء من هذه المسائل .

ولكن معظم النقص الذى نشكو منه يرجع الى سبب آخر ، هو قصور تقنيننا عن مجاراة التقدم العظيم الذى قطع مراحله علم القانون فى العصر الحاضر ؛ فهو منقول عن القانون الفرنسى ، والقانون الفرنسى وضع فى أول القرن التاسع

عشر . فلا يزال أمام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره أن يقطع هذه المرحلة الطويلة التى قطعها علم القانون فى قرن وثلث قرن . وهذه أجيال طويلة ، ارتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن أحد يتوقعه . وسنرى ، عند ما نعرض لموضوع القانون المقارن وتقدمه ، أن هناك مسائل كثيرة ، نحن فى حاجة الى أن نأخذها لا من القانون الفرنسى العتيق ، بل من التشريعات الحديثة ، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعيا محكما . ونكتفى هنا بالاشارة الى بعض هذه الثغرات التى يجب أن نسدها فى تقنيننا . فهناك نظريات عامة ، قد استقرت فى القانون ، وأصبحت تراثا لجميع الأمم ، لا نجد لها أثرا عندنا ، أو نجد أثرها ناقصا مقتضبا . فنظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحى القانون ، وقانون للجمعيات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام ، وتشريع للعمل ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقواعد لحماية الملكية الفنية والأدبية والصناعية والتجارية ، ونظام لعقد التأمين ولعقود الاحتكار والمنافع العامة ، ونظرية للنيابة فى التعاقد ، وتنظيم الملكية على الشيوع ، والاعتراف بحوالة الدين أسوة بحوالة الحق ، واقرار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، والاعتراف بالعقود المجردة ، و بعقود الاذعان ، ونظرية التهديد المالى ، ونظرية الالتزامات الطبيعية ، كل هذه نظريات لا حظ لتقنيننا منها ، وهى لازمة لا يجوز اغفالها فى تشريع حديث ، يتضمن ثمرة مجهود علماء القانون فى هذه العصور الأخيرة . هذا الى أن تقنيننا ، فى موضوع من أهم موضوعات القانون ، هو موضوع العقد ، وفى مسألة من أدق مسائل هذا الموضوع ، هى مسألة تكوين العقد ، نراه صامتا صمتا مدهشا ، لا يفسره الا تقليد أعمى للقانون الفرنسى ، وترسم دقيق من مشرعنا لخطى المشرع الفرنسى ، حتى فى المزالق التى وقع فيها . وقد كتبنا عن هذه المسألة فى كتاب الالتزامات (جزء أول فقرة ٢٣٥) ما يأتى :

« ونلاحظ أن القانونين الفرنسى والمصرى لم يتعرضا بنص لهذا الموضوع الذى يعد من أدق موضوعات العقد ، بل تركا الأمر للفقه والقضاء ، وذلك بخلاف التشريعات الحديثة ، كالقانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى والمشروع

الفرنسى الايطالى ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، تبين كيف يصدر الايجاب ، ومتى يكون ملزما ، والى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء كان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد ، أو كانا غير موجودين فى مجلس واحد » (١) .

وهناك موضوعات منفصلة عن التقنين المدنى يجب ادماجها فيه ، كقانون الشفعة ، وقانون التسجيل ، والقانون الخاص بطرح البحر وأكله ، وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ الخاص بحقوق الشرب والمجرى والمسيل . كما توجد موضوعات مندمجة فى هذا التقنين ، يجب حذفها ، بعد أن بطل العمل بها ، كالفاروقة ، والوصية لمحل خيرى ، وارث الاجارتين (م ٥٥٣ و م ١٧ — ١٨ / ٣٧ — ٣٨) .

الفضول والاقتضاب : وتقنيننا المدنى فيه فضول من ناحية ، واقتضاب من ناحية أخرى . انظر اليه وهو يتكلم فى حق الانتفاع (م ١٣ — ٢٩/٢٩ — ٥٠) ، وفى الخلط والمزج (م ٩٢/٦٧) ، وفى الالتزامات التخييرية والبدلية (م ٩٦ — ١٥٠/١٠٠ — ١٥٤) ، وفى قواعد تفسير العقد (م ١٣٨ — ١٩٩/١٤٠ — ٢٠١) وفى النفقة فيما بين الزوجين والأقارب (م ١٥٥ — ٢١٦/١٥٧ — ٢٢٠) ، وفى كيفية تسليم المبيع (م ٢٧١ — ٣٤٢/٢٩٩ — ٣٧٣) ، أترى كيف يمط النصوص مطا ، ويتعرض للسمين والغث ، دون تمييز بين أصل وفرع ، ودون أن يراعى أن كثيرا من هذه النصوص كنا فى غناء عنها بتطبيق القواعد العامة ، بل ان كثيرا منها لا يكاد يوجد له تطبيق فى الحياة العملية .

ثم انظر اليه وهو يستعرض أدق الموضوعات القانونية ، وأكبرها خطرا ،

---

(١) وقبل أن نترك هذا الموضوع نشير الى نقص التقنين المدنى فى أنه لم يضع طرقا صالحة فى تنظيم الاعسار ، فلا يوجد « افلاس مدنى » كما هو موجود فى القانون التجارى ، حتى تغل يد المدين عن التصرف ، ويصفى أمواله نائب عنه وعن الدائنين ، فيتساوى هؤلاء ، ويأخذ كل منهم نصيبا بنسبة دينه .

وأبعدها أثرا فى الحياة ، فيمر عليها مرا سريعا فى عجلة واقتضاب وغموض . فهو يورد قواعد المسئولية التقصيرية فى مواد لا تتجاوز الثلاث ، والاشتراط لمصلحة الغير فى مادة واحدة لا يكاد القارىء يتبين منها الموضوع الذى تعرض له . أما الملكية فى الشيوع ، وأما تكوين العقد ، وأما التعهد عن الغير ، فلا يشير اليها بحرف ، كما يغفل نظرية النيابة فى التعاقد ونظريات أخرى كثيرة أشرنا اليها فيما تقدم . كل هذا يجعل التناسب مختلا فى تقنيننا ، وانعدام الاتساق من أظهر عيوبه .

وقد بالغ مشرعنا فى الاقتضاب ، حتى نتلمس القاعدة الهامة فلا نجدها ، فنتأول لها ، ونتعسف فى التأويل ، حتى نظفر باستخلاصها من النصوص بطريق منطق ملتو . مثل ذلك تملك الحائز حسن النية للثمار ، ورد فى هذه القاعدة نصوص صريحة فى القانون الفرنسى ، أما نحن فنستخلصها بطريق غير مباشر من بعض النصوص (م ٢٠٧/١٤٦) . كذلك حذف مشرعنا دون سبب ظاهر ، فى تعريفه لحق الملكية (م ٢٧/١١) ، القيد الحكيم الذى أورده المشرع الفرنسى . وحذف النص القاضى بأن عبء اثبات السبب فى الالتزام يقع على عاتق المدين لا الدائن (م ١١٣٢ من القانون المدنى الفرنسى) ، والنص الذى لا يجيز أثبات عكس المكتوب الا بكتابة (م ١٣٤١ من القانون المدنى الفرنسى) ، وقس على ذلك كثيرا من النصوص .

الغموض : أما الغموض فنجده متفشيا فى كثير من النصوص ، فلا يكاد المدقق يستطيع أن يحدد لها معنى . و يكفى أن تقرأ المادتين ١٩٨/١٣٧ ، و يقضى نصهما بأن « من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها ورفضها » ، حتى تقف حائرا ، لا تدرى ما الذى يقصده مشرعنا من هذا القول ، أهو يتكلم عن رب العمل وحقه فى اجازة عمل الفضولى ، أم هو يقصد التعهد عن الغير وحق هذا الغير فى اقرار ما تم التعهد به عنه ، أم هو لا يريد هذا ولا ذاك ، بل يعرض للاشتراط لمصلحة الغير ، وحق هذا الغير فى اقرار ما اتفق

عليه المشترط والمتعهد لمصلحته ، أم يريد كل هذه الأشياء ، أو لا يريد شيئا منها ، فالنص يتحملها جميعا ، وهو لا ينصرف صريحا الى أى منها . يكفى أن تقرأ هذا النص ، حتى تدرك أن مشرعنا لم يتوخ دقة التعبير فى نص قانونى يعتبره فقهاء القانون المصرى أساسا تشريعيا لقاعدة خطيرة ، هى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . بل هو الأساس القانونى الوحيد لنظام اقتصادى يعد بحق من الدعامات الأساسية التى تقوم عليها الحياة الاقتصادية ، وهو نظام التأمين . ليس لدينا فى هذه الناحية الا هذا النص الوحيد ، وهو نص كما رأيت مضطرب قلق غامض . ولا يزيل غموضه الرجوع الى الأصل الفرنسى ، فأن هذا الأصل لا يخلص من الاضطراب الا فيما يتعلق باستبعاد الفرض الخاص بالتعهد عن الغير ، ويبقى النص متحملا للفرضين الآخرين ، على أن هذا الفرض الذى يقضى الأصل الفرنسى باستبعاده قد وجد من فقهاء القانون المصرى ، كالأستاذ دى هلتس ، من يرى قصر المعنى عليه وحده دون غيره من الفروض .

ثم اقرأ بعد ذلك النصوص المتعلقة بالدعوى البولصية (م ١٤٣/٢٠٤) ، ودعوى استعمال حقوق المدين (م ١٤١/٢٠٢) ، والالتزام الطبيعى (م ١٤٧/٢٠٨) ، والنصوص الواردة فى نظرية محل الالتزام (م ٩٥/١٤٩) ، وفى نظرية السبب (م ٩٤/١٤٨) ، ونظرية الحيازة (م ٧٦/١٠٢) ، والغلط فى عقد الصلح (م ٥٣٥/٦٥٧) ، والشرط الجزائى (م ٩٨/١٥٢) ، والتضامن (م ١٠٩ — ١١٥/١٦٥ — ١٧١) ، وعمل الفضولى والاثراء بلا سبب (م ١٤٤/٢٠٥) ، ألست تراها حائرة قلقة ، يشيع فيها جو من الغموض والابهام ، لا يكاد يخلص منه المتمعن الى معنى ثابت مستقر ، الا اذا نظر الى مراجع هذه النصوص من الفقه الفرنسى لتنير له السبيل ، حتى اذا عاد الى قراءتها فى هذا الضوء الجديد ، رأى الأخطاء ظاهرة ، وأحس الألفاظ ممسوخة مشوهة ، والمعانى تقسر عليها قسرا ، فلا تواتيها الا بعد كثير من الحدس والتخمين .

ثم انظر الى مشرعنا وهو يتكلم ، فى استرداد الحقوق المتنازع فيها ، عن

مشتر يشترى حقا متنازعا فيه منعا لحصول دعوى (م ٣٥٥/٤٤٣) ، وفى عقد الصلح عن عدم جواز الاحتجاج بالصلح على من له شركة فى القضية التى وقع بها الصلح (م ٥٣٨/٦٦٠) ، أليست هذه النصوص وأمثالها تحتاج فى فهمها وادراك مرماها الى كثير من الخيال ، بل الى شىء من التنجيم !

تقليد القانون الفرنسي : وتقليد مشرعنا القانون الفرنسى تقليدا أعمى هى الظاهرة التى تسود كل التشريع المصرى . فكثير من النصوص المعيبة لا يفسر ما وقع فيها من العيب الا أنها مجرد تقليد للأصل . فلا يزال العقار فى التشريع المصرى شأن غير شأن المنقول ، ونحن فى هذا نحكى صدى المشرع الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ ، وقد تلقينا القواعد الفرنسية فى هـذا الموضوع كما هى مسطورة فى قانون الفرنسيين . وهناك نصوص فرنسية متناقضة مضطربة ، نقلناها بتناقضها واضطرابها . فالمادتان ١٣٥/١٩٥ تقضيان بأن الاكراه يكون موجبا لبطلان العقد ، اذا كان شديدا ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز (يقصد الوسط من الناس) ، مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة . ففى هذا النص نجد المشرع قد خلط بين معيارين متناقضين للاكراه ، معيار مادى ومعيار شخصى . ولا يفسر هذا الخلط الا خلط مثله وقع فيه المشرع الفرنسى (انظر م ١١١٢ من القانون المدنى الفرنسى) ، وقد أساء فهم ما قرره بوتييه فى هذا الصدد مما هو معروف فى كتب الفقه الفرنسى . فيكون المشرع المصرى قد نقل من المشرع الفرنسى حتى الأغلاط التى وقع فيها . وكذلك نرى المادتين ٤٨٠/٥٨٨ تقضيان بأن صاحب الايراد المرتب طول الحياة ليس له الا التنفيذ بايراده ، فى حالة عدم وفاء المدين ، ولا يستطيع أن يفسخ العقد . وفى هـذا خروج غريب على القواعد العامة ، نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى دون تدبر .

ونجد المشرع المصرى من ناحية أخرى يتنكب الشريعة الاسلامية ، وقد كان يمكنه الأخذ عنها فى بعض موضوعات هامة ، جاءت مبادئها فيها أرقى من

مبادىء القانون الفرنسى . وعذره فى ذلك أن أحكام الشريعة الاسلامية لم تكن قريبة المنال وقت وضع التشريع . ولكن هذا العذر اذا فسر هجر الشريعة الاسلامية فهو لا يبرره . وسنعود الى هذا الموضوع ببيان أوفى .

التناقض : ثم ان تشريعنا المدنى لا يكاد يضع القاعدة حتى يأتى بما يناقضها . فهو فى المادتين ١١٣/١٦٩ يقرر أن المدين المتضامن لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين المتضامنين وقد اتبع فى ذلك حكم القانون الفرنسى (م ١٢٩٤ من هذا القانون) . ثم ينسى بعد ذلك ما قرره ، ولا يلبث أن يقرر ما يناقضه ، فيقضى فى المادتين ٢٠١/٢٦٥ بأن المدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المتضامنين بقدر حصتهم فى الدين . ثم هو يحمل المشترى تبعة هلاك المثليات (م ٢٤١/٣٠٧) ، متبعا فى ذلك حكم القانون الفرنسى فى هلاك الشىء المبيع . ولكنه ينسى ذلك ، فيقرر فى موضع آخر (م ٢٩٧ / ٣٧١) أن تبعة هلاك الشىء المبيع تكون على البائع لا على المشترى ، متبعا فى ذلك حكم الشريعة الاسلامية ، والحكمان متناقضان ولا يصح الجمع بينهما . ويقرر جواز الاشتراط لمصلحة الغير بعبارة عامة ، فيسمح بأن يستفيد من العقد غير العاقد (م ١٣٧/١٩٨) ثم لا يلبث أن يقرر أن « المشارطات » لا تترتب عليها منفعة عاقديها (م ١٤١ / ٢٠٢) . كذلك يقرر قانوننا فى المقايضة حكما غريبا يخرج به على القواعد العامة ، ويناقض فيه المبادىء المقررة فى البيع دون سبب معقول ، اذ يقضى بأن المقايض اذا استحق فى يده بدل المقايضة لا يرجع بالبدل الآخر الذى أعطاه اذا كان هذا البدل عقارا انتقل من المتعاقد الى شخص آخر ، وبقى فى يد هذا الأخير خمس سنوات من يوم المقايضة (م ٣٥٩) . ويجيز مشرعنا للدائن أن يطعن فى عدم تمسك مدينه بالتقادم المسقط (م ٢٠٦/٢٧٠) ، وينسى أن يقرر مثل هذه القاعدة فى التقادم المكسب ، مع أن الأمر واحد فى الحالتين .

ثم هل نحن فى حاجة للاشارة الى ذلك التناقض الذى وقع فى نصوص

القانون المدنى بعد صدور دكريتو ٧ دسمبر سنة ١٨٩٢ ، فأصبح نص المادتين ١٢٥/١٨٥ يقضى بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩ ٪ ، وبقى نص المادتين ٤٧٨/٥٨٢ يرفع هذا الحد الى ١٢ ٪ ؟ .

ولا ننسى ما يقع فى بعض الأحكام من التناقض ما بين التشريعين الأهلى والمختلط ، مما يكون سببا فى اضطراب المعاملات ، وقد يدعو الى تدخل المشرع فى بعض الأحيان . ففى الحوالة يشترط القانون الأهلى رضاء المدين (م ٣٤٩) . ويكتفى القانون المختلط باعلانه بالحوالة (م ٤٣٦) . وفى بيع الوفاء يجعل القانون الأهلى أقصى المدة التى يجوز فيها الاسترداد خمس سنوات (م ٣٤١) ، ويقصرها القانون المختلط على سنتين (م ٤٢٦) . وفى بيع الشىء المستقبل لا يمنع القانون الأهلى بيع المحصولات قبل أن تنبت ، ويحرم القانون المختلط ذلك (م ٣٣٠) . وهناك أحكام فى المقايضة وردت فى القانون الأهلى وأغفلها القانون المختلط ، منها النص الغريب الذى ورد فى المادة ٣٥٩ والذى سبقت الاشارة اليه . وقد كان القانون الأهلى لا يقرر حق الشرب ولا حق المسيل ويقرر حق المجرى بالقدر الضرورى (م ٣٢ — ٣٣) ، ويجعل الاختصاص للجنة ادارية فى تقدير التعويض . أما القانون المختلط فقد كان لا يقرر حق الشرب ولا المجرى ولا المسيل ، ثم صدر قانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ يقرر حق المجرى والمسيل دون الشرب ، ولا يعطى اختصاصا لأية لجنة ادارية . ومن هنا تضاربت النصوص ، وتعارضت جهات الاختصاص فى هذه المسألة التى تعد على جانب كبير من الأهمية فى بلد زراعية .

فما العمل أمام هذا التناقض فى الأحكام ؟ وما يفعل البائع وفاء مثلا اذا كان مصريا ، واشترط على المشترى وهو مصرى مثله ، أن يسترد فى خمس سنوات ، وباع المشترى العين لأجنبى بعد ثلاث سنوات ؟ أنطبق القانون الأهلى فنجيز الاسترداد لأن مدة خمس السنوات لم تنقض ، أم نطبق القانون المختلط فلا نجيز الاسترداد بعد انقضاء سنتين من وقت البيع ؟ وقس على هذا الاشكال الاشكالات الأخرى التى يمكن أن تنجم من هذه الأحكام المتباينة المتناقضة .

الخطأ : واذا أضفنا الى هـذا التناقض ما وقع فيـه مشرعنا من أخطاء فاضحة ، عجبنا كيف لا يتنزه تشريع جدى عن مثل هـذه العيوب الجسيمة . فالمشرع المصرى يغـفل أهم شرط فى التملك بمضى المدة القصيرة ، وهو شرط حسن النية ، فلا يذكره فى النص الذى أورده فى هذا الموضوع (م ٧٦/١٠٢) . ويعرف الشرط ، بأنه أمر مستقبل أو غير محقق (م ١٠٣/١٥٧) ، وهذا خطأ بين ، فالشرط يجمع بين الاستقبال وعدم التحقيق . ومشرعنا ينقل عن الشريعة الاسلامية حكم بيع المريض مرض الموت (م ٢٥٥—٢٥٦ / ٣٣١ — ٣٣٢) ، فلا يكون أمينا فى النقل ، اذ يقضى بأن العبرة فى هذا البيع بقيمة المبيع لا بالقدر المحابى به ، والشريعة الاسلامية تقرر عكس ذلك ، وينظر الى مال البائع وقت البيع ، والشريعة الاسلامية لا تنظر اليه الا وقت الموت . وهو فى تقريره أحكام النفقات نسى أن هذه الأحكام انما تخضع لقـانون الأحوال الشخصية ، فقرر أحكاما غريبة نقلها عن القـانون الفرنسى ، وهى تتنافر كل التنافر مع أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ قضى بأن الزوجة تنفق على زوجها (م ١٥٦ / ٢١٨) ، بل تنفق أيضا على زوجة أبى زوجها (م ١٥٥ / ٢١٧) ، وهذا غاية التخبط . وقد دعا هذا الخلط الغريب أكثر المحاكم المصرية الى اعتبار هـذه النصوص « حروفا ميتة » لا يعمل بها . وقد يأخذ المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية أيضا ويخالفها ، كالغبن فى بيع عقار القاصر ، فان البيع يكون باطلا فى الشريعـة الاسلامية ، أما القانون المصرى فيـكتفى باعطاء القاصر دعوى بتـكملة الثمن . ويخطىء المشرع المصرى كذلك فى تقرير أن ملـكية المبيع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم (م ٢٦٨ / ٣٣٨) . فهى انمـا تنتقل بالتعيين . ويزعم واضع التقنين المختلط أن القسمة منشئة للحق لا مقررة (م ٥٥٥) ، وهذا خطأ صححه القانون الأهلى (م ٤٥٧) وقضاء المحاكم المختلطة .

ويوجد عدا ذلك فى التشريع المصرى أخطاء كثيرة ، نـكتفى بالاشارة

اليها [١] .

هـذه أمثلة على ما فى تشريعنا المدنى من عيوب فاضحة . فهو تشريع يتراوح بين النقص والفضول ، و بين الغموض والاضطراب ، و يتقسمه التناقض والخطأ ، وهو بعد عديم التناسق ، وليس الا تقليدا أعمى لقـانون أصبح الآن تشريعا عتيقا عاجزا عن مسايرة الزمن .

عيوب التقنين المدنى من حيث الشكل

بيان هذه العيوب : وليست العيوب الشكلية بأقل وضوحا وأضعف أثرا فى تشويه تشريعنا المدنى . وهى عيوب كثيرة متنوعة . نذكر منها ما يرجع الى تبويب التقنين وترتيبه ، وما يرجع الى تعدد لغاته ، ونضيف الى ذلك عدم الدقة فى التعبير القانونى ، وضعف الأسلوب ، وركاكة الترجمة عن الأصل الفرنسى ، وما وقع فيها من أخطاء فاضحة .

التبويب والترتيب : أما عن تبويب تقنيننا المصرى ، فمعروف أن هذا القانون مقصور على دائرة المعاملات . وهو يبوبها فى أربعة كتب . وهذا التبويب وان كان أدق علميا من تبويب القانون الفرنسى ، الا أنه لا يزال معيبا . فقـد وضعت الأموال والحقوق العينية فى كتاب ، مع أن الأموال تـكون محلا للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء ، فالأولى فصل الأموال عن الحقوق العينية ، وجعل كل منهما فى كتاب مستقل . ثم وضعت الالتزامات فى كتاب ثان ، واختصت العقود المعينة بكتاب ثالث ، مع أن هذه داخلة فى الالتزامات ، وكان الأولى ضمهما معاً فى كتاب واحـد . وفى الـكتاب الرابع ، وقد عنون بحقوق الدائنين ، أورد المشرع بنوع خاص أحكام التأمينات العينية ، وقد حشر فيه موضوع اثبات الحقوق العينية مع بعض نصوص تتعلق بقـلم الـكتاب فى

---

(١) أنظر مثلا أعلى ذلك م ١٠٢/٩٨ و م ٢٢٥/١٦٢ و م ٢٧٣/٢٠٩ (مقارنة بالمادتين ٦٠١ فقرة ثالثة ٧٢٧ فقرة ثانية) و م ٢٧٤/٢١٠ و م ٢٧٦/٢١٢ .

المحاكم وبالتسجيل . وكان الأولى وضع نظرية عامة للاثبات ، سواء تعلقت بحقوق عينية أو بحقوق شخصية ، وتقريب هذه النظرية من نظرية اشهار الحقوق العينية لما بين الموضوعين من الصلة الظاهرة . وليس فى تقنيننا مقدمة تنص على النظريات العامة التى تنبسط على جميع نواحى القانون ، كنظرية سوء استعمال الحق ونظرية الغبن وقواعد تفسير القانون وما الى ذلك . وسنقترح فيما يلى تبويبا للتقنين يكون أقرب للدقة العلمية من هذا التبويب ، مسترشدين فى ذلك بتبويب التشريعات الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى .

وليس الأمر مقصورا على نقص هذا التبويب العام . بل توجد عيوب كثيرة متفشية فى الترتيب التفصيلى لكل كتاب من هذه الكتب الأربعة . فقد وضعت قيود الملكية ، فى الكتاب الأول ، فى باب حقوق الارتفاق وسميت باسمها ، وهذا عيب تجنبه المشرعان الألمانى والسويسرى . ولم ترتب أسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية ترتيبا علميا صحيحا . ووضعت القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية فى الفصل المخصص للعقد باعتباره سببا لاكتساب الملكية ، والفرق جسيم بين أن يملك المنقول بالعقد أو يملك بمقتضى هذه القاعدة . وقد عاد المشرع الى الاشارة للقاعدة نفسها فى مكان آخر غير مناسب أيضا ، هو الباب الذى خصصه لاثبات الحقوق العينية فى الكتاب الأخير (انظر م ٦٠٨/٧٣٤) . ولا نرى أثرا للملكية فى الشيوع ولا للقسمة الا عند الكلام على الشركات وفى قانون المرافعات (انظر م ٦٢١/٧١١ من قانون المرافعات) . وبعد ان فصل المشرع بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ، مخالفا فى ذلك التقنين الفرنسى أورد أحكاما عن ايقاف سريان المدة فى التقادم المكسب وتناول فيها التقادم المسقط . ويخلط المشرع فى باب واحد من الكتاب الثانى بين الالتزامات التى يكون مصدرها قاعدة الاثراء بلا سبب والالتزامات التى يكون مصدرها العمل الضار . ويبتدىء الكتاب الثانى فى الباب الأول بالنظرية العامة للالتزام فى ذاته ، ثم يترك المشرع النظرية ناقصة ، وينتقل فى الأبواب الثلاثة التالية الى مصادر الالتزام ، ويعود بعد ذلك فى الباب الخامس

الى تكملة نظرية الالتزام . وفى الكتاب الثالث ترد نظرية حوالة الحق فى باب البيع مع أنها نظرية عامة تشمل البيع وغيره ، وكان مكانها الطبيعى فى نظرية الالتزامات . ثم يجمع المشرع فى باب واحد من هذا الكتاب الثالث بين اجارة الأشياء وما يسميه بأجارة الأشخاص وأرباب الصنائع ، مع أن الفرق كبير بين هذين النوعين من العقد ، وكان الأولى أن يقصر عقد الايجار على اجارة الأشياء ويفصل عنه عقد الاستصناع وعقد العمل . ويتكلم المشرع على الحراسة فى باب الوديعة ، وكان الأولى وضعها فى قانون المرافعات . ويفصل ما بين الكفالة وعقود التأمينات الأخرى ، ولا مبرر للفصل بين هذه الموضوعات المتقاربة . والأغرب من ذلك أنه يفصل ما بين عقد رهن الحيازة وعقد الرهن الرسمى ، فيضع الأول فى الكتاب الثالث مع العقود المعينة ، ويضع الثانى فى الكتاب الرابع مع حقوق الدائنين . ويجمع فى الكتاب الرابع ما بين التأمينات واثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل ، وهذه موضوعات متنافرة لا يصح أن يجمعها كتاب واحد .

تعدد لغة التشريع : وهناك غير نقص التبويب عيب آخر فى الشكل يرجع الى الظروف التى وضع فيها تشريعنا . فقد قدمنا أن المشرع المصرى وضع تشريعه باللغة الفرنسية فى الأصل . وقد ترجم التشريع بعد ذلك الى اللغة العربية ، واعتبرت هذه الترجمة هى النص الرسمى ، ومن ذلك وجد عندنا نصان : نص أصلى ونص رسمى . وكلاهما مضطرب . وكان الاضطراب فى واحد منهما كافيا لايقاعنا فى الحيرة ، فما بالك وقد اجتمعا ، وكل منهما يرجع اليه ، ويقارن بالآخر ، فيزيد الاضطراب والغموض . أضف الى ذلك أن مترجم النص الفرنسى لم يكن دقيقا فى ترجمته ، وكثيرا ما شوه المعنى الذى ينقله ، فضلا عن تشويه اللغة التى ينقل اليها ، وسنورد أمثلة على ذلك فيما يلى .

ويكفى هنا أن نشير الى بعض مواد اختلف فيها النصان العربى والفرنسى ، وحارت الناس بأى نص تأخذ . ففى التدليس (م ١٣٦ أهلى) يقضى النص

العربى بأن يكون صادرا من أحد المتعاقدين ، ولا يشترط النص الفرنسى ذلك . وفى اعذار المدين (م ١٢٠ أهلى) يقرر النص العربى أن يكون الانذار رسميا ، ولا يتطلب النص الفرنسى ذلك . وفى الوفاء مع الحلول (م ١٦٢ أهلى) لا يشير النص العربى صراحة الى دين جديد يحل محل دين قديم ، ويصرح النص الفرنسى بذلك . وهناك المواد ٨٤ و ٨٥ (وهما خاصتان بايقاف سريان المدة) و ١٣٤ (وهى خاصة بالغلط) و ٢٧٠ (وهى خاصة بتسجيل عقد البيع) و ٤٦٢ (وهى خاصة باسترداد الحصة الشائعة) ، نصوصها العربية تختلف عن نصوصها الفرنسية .

ففى مثل هذه المسائل الهامة ، أنأخذ بالنص الفرنسى لأنه النص الأصلى ، وهذا هو رأى فريق من فقهائنا ومحاكمنا ، أم نأخذ بالنص العربى لأنه النص الرسمى ، وهذا رأى فريق آخر ، أم نأخذ فى كل مسألة بالنص الذى نرى أنه أكثر اتفاقا مع غرض المشرع ، فنأخذ فى التدليس وفى ايقاف سريان المدة وفى الغلط وفى استرداد الحصة الشائعة بالنص الفرنسى ، وفى الأعذار وفى الوفاء مع الحلول وفى التسجيل بالنص العربى ، وهذا هو الرأى الذى نذهب اليه ... مشكلة لا نزال نعانيها ، حتى يتهيأ لنا الخلاص من هذا القانون ذى اللغتين المتناقضتين .

التعبير والأسلوب : والى جانب هذا يوجد عدم الدقة فى التعبير القانونى ، وضعف الاسلوب ، والاسفاف الى العامى من الألفاظ . لا ننكر أن لغة قانوننا ، اذا قيست بلغة العهود الماضية ، تعد على درجة كبيرة من الرقى [1] . ولكننا

(١) ويكفى أن تقرأ شيئا من القوانين التى كانت تصدر فى تلك العهود لتتحقق من ذلك . ولنقدم مثلا واحدا من آلاف الأمثلة : نصا من لائحة مجلس الأحكام المعروف فى تاريخ القضاء المصرى ، فقد قضى البند السادس من الارادة السنية الصادرة لرئاسة مجلس الأحكام المصرية فى ٥ ربيع الآخر سنة ١٢٦٥ بما يأتى : « من حيث انه على موجب هذه اللائحة ، كل من كان مقيم بمحل مأموريته ، لأجل أجرا مقتضاها ، فلا يوافق شربهم الدخان ، ولا يحضروا أيضا شبوكاتهم الى دواوينهم ، وان كان أحدا (كذا) من =

لا ترجع الى الماضى ، بل تتطلع الى المستقبل . واذا أردنا أن نقدر قيمة أسلوب تشريعنا ودقته ، وجب أن نقيسه بمعيار راق ، نطمح أن نصل اليه عند مراجعة هذا التشريع ، فنتوقى هذه العيوب الكثيرة التى آن لنا أن نشير الى بعض منها .

فمن أمثلة عدم الدقة فى استعمال التعبير القانونى أن واضع النص العربى يعبر عادة عن البطلان (nullité) بالالغاء . فيقول فى المادة ٤٨ أهلى : « والا كانت الهبة لاغية » . ويقول فى المادة ٥٣ : « والا كان الوقف لاغيا » ، وفى المادة ٤٦٠ : « والا كان العمل لاغيا » وهكذا . ويسمى الالتزام (obligation) بالتعهد ، مع أن التعهد نوع خاص من الالتزام مصدره العقد أو الارادة المنفردة . ويترجم العمل القانونى (acte) بالفعل (انظر م ١٤٣ أهلى) ، والفرق كبير بين العمل القانونى والفعل المادى . ويترجم المقايضة (échange) بالمعاوضة ، وهذا لفظ غير دقيق ، فالبيع عقد معاوضة ولكنه ليس بمقايضة .

أما من حيث ضعف الأسلوب وركاكة الألفاظ ، فالأمثلة كثيرة ، نذكر منها ترجمة الدولة « بالميرى [1] » . والاستيلاء « بوضع اليد [2] » . والالتصاق « باضافة الملحقات للملك [3] » . والدائن « بالمداين [4] » . وترجمت عبارة

= أرباب المجلس يريد شرب قهوة ودخان ، فيتوجه الى الاودة القريبة التى سيصير تعيينها ، وبعد الشرب يعود للمجلس » .

هذا نموذج من التشريع فى ذلك العصر أسلوبا وموضوعا . فانظر الى هذه اللوثة التى اعتقد أصحابها أنها تمت الى العربية بصلة . ثم تأمل موضوع هذا النص ، وكيف تنزل « الارادة السنية » الى الخوض فى أمر تافه ، يكفى اليوم فيه صدور « تعليمات ادارية » من أصغر رئيس من رؤساء مصالح الحكومة . ولا شك أن لغة تشريعنا الحاضر ، اذا قورنت بلغة تلك العهود ، تعتبر معجزة من آيات البيان .

(١) Etat : انظر م ٩ و ٣٠ و ٥٧ و ٦١٤ أهلى .

(٢) occupation : م ٤٤ .

(٣) accession : م ٤٤ .

(٤) créancier : م ٥٣ و ١٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١ .

(ما لا يفترض [١]) بجملة ركيكة غير صحيحة وهى ، « لا يحكم فيه بالظن » . ويتكلم واضع النص العربى عن الوفاء بميعاد لائق [٢] ، ويريد الوفاء فى ميعاد لائق . ويترجم المبالغ المدفوعة [٣] « بالمدفوعات » ويقول : « من حيثية [٤] » ، وهو يريد أن يقول : من حيث . ويترجم المحامين « بالأفوكاتية [٥] » ، والأجر « بالماهية [٦] » ، والعقد « بالمشارطة [٧] » . ويقول : « فى جميع المواد ما عدا التجارية [٨] » ، وهو يقصد أن يقول « فى جميع المواد ما عدا المواد التجارية ، أو ما عدا ما كان منها تجاريا » . ويعبر عن التزام البائع « بملزومية البائع [٩] » ، ويكرر لفظ « الملزومية » هذه فى نصوص أخرى [١٠] . وكثيرا ما يقول : « يتحصل » و « يستحصل [١١] » بدلا من « يحصل » . ويعبر عن السيد يستقدم الخادم استقداما خاصا ، بأن السيد « قد استحضر (الخادم) بالخصوص [١٢] » . ويتكلم عن يسجل تسجيلا منتظما فيقول : « من سجل بموافقة الأصول [١٣] » .

---

(١) ce qui ne se présume pas : وهى العبارة الواردة فى آخر المادة ١١٤ .

(٢) أنظر م ١٦٨ .

(٣) payements : م ١٧٢ .

(٤) أنظر م ٢٠٥ .

(٥) م ٢٠٩ .

(٦) م ٢٠٩ .

(٧) م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٣٨ و ١٤١ و ١٤٢ و ٢٦٠ .

(٨) م ٢١٥ .

(٩) م ٣٠٢ .

(١٠) أنظر مثلا م ٤٦٠ .

(١١) أنظر م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢٨٠ و ٥٥٤ و ٥٦٩ و ٥٩٥ و ٥٩٦ و ٥٩٩ .

(١٢) م ٤٠٣ .

(١٣) م ٦٢٠ .

أما الغموض وعدم الأمانة فى الترجمة فلا يقل عن الركاكة وضعف الأسلوب . ومن الأمثلة على ذلك المادة ٩٤ أهلى . وهذا هو نصها الفرنسى :

"L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite."

والترجمة الصحيحة هى : « لا يوجد الالتزام الا اذا كان مبنيا على سبب محقق مشروع » . أما واضع النص العربى فترجم المادة كما يأتى : « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » . فأدخل فى ترجمته لفظ « العقود » ولا أثر لهذا اللفظ فى الأصل ، فأفسد بذلك على واضع النص الفرنسى غرضه ، فقد قصد أن يجعل السبب ركنا فى الالتزام لا فى العقد ، حتى يصحح بذلك خطأ وقع فيه المشرع الفرنسى . وعبر عن وجود الالتزام « بصحته » ، والفرق كبير ما بين الوجود والصحة . وترجم السبب المحقق « بالسبب الصحيح » وهذه ترجمة غير دقيقة ، فان السبب لا يكون صحيحا الا اذا كان محققا ومشروعا .

وانظر الى المادة ١٣٤ ، ونصها الفرنسى ما يأتى :

L'erreur opère la nullité du consentement quand elle porte sur *le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée* dans le contrat.

وكان الواجب أن تترجم هكذا : « الغلط يبطل الرضاء ، اذا وقع فى الناحية الرئيسية التى اعتبرت فى الشىء عند التعاقد » . ولكن واضع النص العربى ترجمها بما يأتى : « الغلط موجب لبطلان الرضاء ، متى كان واقعا فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد » . وهذه ترجمة غير دقيقة ، ولا تكاد تفهم الا بعد الرجوع الى الأصل الفرنسى . وتزيد جسامة هذا العيب فى الترجمة ، اذا لاحظنا أن واضع النص الفرنسى أراد بنصه أن يهجر النظرية التقليدية فى الغلط ، ويأخذ بنظرية (الغلط الدافع) التى أخذ بها القضاء الفرنسى . ولا يمكن أن نستخلص هذا ، على ما له من خطر ، من النص العربى ، فهو نص يتعثر بين الغموض وعدم الدقة ، ولا يكاد يفيد شيئا .

ثم انظر الى المـادة ١٣٥ ، وفيها يضع المشرع المصرى معيارا للاكراه فيشترط أن يـكون شديدا « بحيث يؤثر فى شخص مستقيم الادراك » (personne raisonnable) فيترجم واضع النص العربى هذه العبارة بما يأتى : « بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز » .

وانظر بعد ذلك الى المادة ١٣٧ ، وقد أسلفنا أنها آية فى الابهام . وهذا هو نصها الفرنسى :

Lorsqu'une personne a stipulé pour un tiers sans mandat, ce tiers a le choix de confirmer le contrat ou de refuser de le reconnaître.

وتمكن ترجمة النص بما يأتى : « اذا اشترط شخص للغير ، دون توكيل ، فالغير بالخيار بين أن يقر العقد أو يرفض الاعتراف به » . وهذه ترجمة اذا كانت مبهمة فذلك يرجع الى أن الأصـل ذاته غامض ، اذ هو قد ينصرف الى عمل الفضولى أو الى الاشتراط لمصلحة الغير . فجاء المترجم وزاد هذا الغموض ابهاما ، اذ وضع النص العربى كما يأتى : « من عقدت على ذمته مشارطة ، بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فأصبح النص العربى يتحمل — عدا عمل الفضولى والاشـتراط لمصلحة الغير — التعهد عن الغير أيضا . فان « من عقدت على ذمته مشارطة » قد يكون فى هذه « المشارطة » دائنا أو مدينا . هذا الى عدم الدقة فى ترجمة الاقرار (confirmer) « بالقبول » .

ثم اقرأ نص المادة ٢٠٩ ، وهذا هو : « للمبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهندسين أجرة سعيهم ، وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقا ، ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجاراتهم الخ الخ » ، ألا يروعك هذا الغموض المخيم على العبارة من أولها الى آخرها ، فهى تـكاد تـكون لغزا يتعب الفـكر فى حله . وواضع هـذا النص يريد أن يقول أن المبالغ المستحقة للأطباء وللمحامين وللمهندسين أجرا على عملهم ، وكذلك المبالغ المستحقة للباعة ثمنا لما باعوه ، سواء تعاملوا مع غير محترف بالتجارة ، أو مع تاجر فى غير شؤونه التجارية . . .

وترجم النص الفرنسى للمادة ٢٦٥ : «Lorsque le vendeur aura vendu comme sienne une chose qu'il saura ne pas lui appartenir ... » بما يأتى : « أما اذا باع أحد شيئا على أنه مملوك له ... » فأين هذه الترجمة من الأصل ، وكيف يتسنى لنا أن نستخلص بوضوح من الترجمة العربية أن البائع يجب أن يكون عالما بأن الشيء المبيع غير مملوك له ، كما تقرأ ذلك صراحة فى النص الفرنسى .

وحذف المترجم ، فى ترجمة المادة ٤٦٢ ، لفظا اختل بحذفه المعنى . فالنص الفرنسى يجيز للشركاء الأصليين فى الشيوع أن يستردوا حصة شائعة باعها أحدهم . أما الترجمة العربية لهذا النص فتغفل كلمة « الأصليين » ، ويصبح للشركاء فى الشيوع ، أصليين كانوا أو غير أصليين ، حق الاسترداد وهذا غير ما قصده المشرع .

وترجمت عبارة « الكفالة القضائية » (caution judiciaire) الواردة فى المادة ٤٩٩ « بالكفالة التى تؤخذ بالحاكم أو بناء على حكم » ، وهى عبارة مضطربة مبهمة .

ويطول بنا الأمر لو تعقبنا مشرعنا المصرى فى غموضه وعدم دقته . ويكفى أن نشير الى بعض النصوص كالمواد ١٤٣ و ١٦٧ و ١٩١ و ٢٦٢ و ٢٧٠ و ٣٨٣ و ٥٣٨ و ٥٣٩ . وفى بعضها حذف ، وفى البعض الآخر زيادة ، وفى أكثرها غموض واضطراب يفسد المعنى ، أو يجعله مغلقا عسير الفهم .

الخطأ فى الترجمة : على أن الأمر يزيد خطورة اذا جاوز المترجم عدم الدقة فى الترجمة إلى الوقوع فى أخطاء جوهرية .

ومن يقرأ المادتين ٨٤ و ٨٥ في نصهما العربى لا يكاد يصدق أن هذا النص ترجمة للأصل الفرنسى . فان المادة ٨٤ تنص على أنه « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مفقود الأهلية شرعا » . وهذا هو أصلها الفرنسى :

La prescription acquisitive, en matière immobilière, ne court pas contre ceux qui sont légalement incapables.

وتنص المادة ٨٥ على أنه لا تسرى كذلك « على مفقود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع التملك بمضى المدة الطويلة متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات » . وهذا هو الأصل الفرنسى :

Aucune autre prescription de plus de cinq années, ne court contre ces mêmes incapables.

ففى المادة ٨٤ ترجمت عبارة « مضى المدة المكسب » (prescription acquisitive) بعبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » ، مع أن مضى المدة المكسب قد يكون بالمدة الطويلة أو بالمدة القصيرة . وفى المادة ٨٥ أعاد المترجم عبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » وأراد بها هذه المرة « مضى المدة المسقط » ، والفرق واضح بين العبارتين . وقد ترتب على هذا الخلط الشنيع أن فسد المعنى فى النص العربى فسادا تاما . فمن يقرأ هذا النص يحسب أن المشرع يريد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، اذا كانت مدته طويلة ، طبقا للمادة ٨٤ . ثم يقف حائرا بعد ذلك فى تفسير المادة ٨٥ ، فهى تفترض نوعا من التقادم المكسب ، مدته أزيد من خمس سنوات وأقل من خمس عشرة سنة ، يقف سريانه كذلك . فأين هو هذا النوع من التقادم ؟ الواقع أنه غير موجود ، وأن النص العربى للمادتين ٨٤ و ٨٥ وقع فيه خطأ فاضح . ومن يرجع للأصل الفرنسى يرى أن المشرع المصرى قد أراد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، سواء كان طويلا أو قصيرا ، أما التقادم المسقط فلا يوقفه الا اذا كان طويلا . فأين هذا من النص العربى المضطرب السقيم ؟

وترجمت عبارة « محل الالتزام » (objet de l'obligation) الواردة فى المادة ٩٥ بعبارة « الغرض من التعهد » . وترجمة « المحل » « بالغرض » ترجمة مشوهة ، لا تجعل النص مفهوما ، وتخلط ما بين المحل والسبب ، اذ السبب هو الغرض الذى يقصد اليه الملتزم من وراء التزامه . فمن يفهم «الغرض من التعهد»

بمعنى « سبب الالتزام » ، لا يكون متسقا فى الفهم . ومع ذلك فان المشرع أراد أن يذكر المحل لا السبب .

ونذكر مثلا أخيرا هو المادة ١٣٦ . واليك النص الفرنسى لهذه المادة :

Le dol vicie le consentement quand les manœuvres *pratiquées contre la partie* sont telles que, sans ces manœuvres, elle n'aurait pas contracté.

والترجمة الصحيحة لهذا النص هى : « يفسد التدليس الرضاء ، اذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد من الخطر بحيث أنه لولاها لما رضى » . وظاهر أن المشرع لا يشترط أن تكون الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين صادرة من المتعاقد الآخر . وقد كان فى هذا متقدما على المشرع الفرنسى تقدما جديرا بالثناء . فان القانون الفرنسى (م ١١١٦) تقيد بالقاعدة العتيقة الموروثة عن القانون الرومانى ، وأوجب أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر . فانظر بعد ذلك الى ما فعله مترجمنا ، وكيف أفسد على المشرع المصرى غرضه ، اذ ترجم النص المتقدم بما يأتى : « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء ، اذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ، بحيث لولاها لما رضى » . فأوجب بذلك أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر ، وعاد الى الحكم المنتقد الذى أراد مشرعنا أن يهجره . واعجب لهذه الصدفة العمياء التى قضت علينا أن نقع فيما أردنا التخلص منه ، وأن يتعثر مشرعنا ، من حيث لا يحتسب ، فى ذيل هذا الخطأ الشنيع الذى وقع فيه مترجمنا ، فينعكس عليه غرضه ، ويلتوى به قصده ، ويترجم كلامه مشوها ممسوخا .

ثانيا : تقدم التشريعات الحديثة

حركة التقنين فى العالم : نعتقد أن ما عددناه من عيوب تشريعنا كاف للاقناع بوجوب تنقيحه . فاذا أضفنا الى ذلك أنه فى غضون الخمسين من الأعوام التى مرت على تشريعنا ، صدرت تشريعات أجنبية تفضل من وجوه كثيرة

التشريع الفرنسى الذى نقلنا عنه ، فالفرصة اذن سانحة ، عند تنقيح تشريعنا ، لأن نقتبس من هذه التشريعات ، وهى ثمرة تجارب أمم عظيمة ، ما يتلاءم مع حالتنا ، تبين لنا الى أى حد نحن فى حاجة الى هذا التنقيح .

وسنذكر فى مكان آخر كيف يمكن أن نستفيد من هذه التشريعات . ونكتفى هنا بوصف حركة التقنين فى العالم ، ونقف عند التقنينات الهامة التى صدرت بعد تقنيناتنا .

يمكن القول ان القرن التاسع عشر كان مبدأ عصر التقنين . فما كاد يظهر التقنين الفرنسى فى أول ذلك القرن حتى تلته تقنينات كثيرة فى أنحاء مختلفة من العالم . فظهر التقنين النمساوى فى سنة ١٨١٢ . ونقلت ايطاليا وهولندا ورومانيا واسبانيا والبرتغال وتونس ومراكش والولايات الجنوبية من كندا وكثير من الدول الأمريكية الجنوبية عن التقنين الفرنسى . وكذلك فعلت اليابان فى سنة ١٨٩٦ .

ثم صدر التقنين الألمانى وصار نافذا فى سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسرى فى سنة ١٩١٢ ، وأعيد النظر فى التقنين النمساوى فى أول سنى الحرب الكبرى (سنة ١٩١٤ الى سنة ١٩١٦) ، وكذلك التقنين البرازيلى فى سنة ١٩٢٦ ، وتقنين السوفييت فى سنة ١٩٢٣ ، والتقنين الصينى فى سنتى ١٩٢٩ و ١٩٣٠ ، والتقنين اللبنانى فى سنة ١٩٣٢ .

هذا الى مشروعات تقنين كثيرة أهمها المشروع الفرنسى الايطالى والمشروع البولونى والمشروع التشيكوسلوفاكى .

ويمكن تقسيم قوانين العالم المعروفة فى العصر الحاضر الى طوائف أربع : (أولا) القوانين اللاتينية ، ويمثلها القانون الفرنسى العتيق والمشروع الفرنسى الايطالى الحديث ، وهذان هما طرفا السلسلة فى هذه القوانين . (ثانيا) القوانين الجرمانية ، ويمثلها القانون الألمانى والقانون السويسرى . (ثالثا) القانون الانجليزى . (رابعا) الشريعة الاسلامية .

أما الشريعة الاسلامية فسنعقد لها بحثا خاصا فيما يلى ، نبين فيه الى أى حد

أخذ مشرعنا منها والى أى حد يمكنه أن يأخذ . ولما كان القانون الانجليزى غريبا عنا ولم نألفه ، فمن البعيد أن نستفيد منه كثيرا عند مراجعة تشريعنا ، لذلك نغفله فى بحثنا هذا . وتبقى القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية ، نأخذ من الأولى أهمها وهما القانون الالمانى والقانون السويسرى ، ونأخذ من الثانية أحدثها وهو المشروع الفرنسى الأيطالى . وهذه هى الجديرة بأن تكون محلا للنظر اذا أردنا أن نستفيد من حركة التقنين الحديثة .

ونحن نصف وصفا موجزا كلا من هذه التقنينات الثلاثة .

١ — القانون الألمانى

تاريخ وضع التقنين الألمانى : يعد القانون الألمانى أضخم تقنين صدر فى العصر الحديث . ولعل كلمة « الضخامة » هى اللفظ الذى يتفق مع الطابع الألمانى . فيكاد يكون كل شىء لهم ضخما . رزقوا الضخامة فى العلم وفى الصناعة وفى الحرب وفى السياسة وفى التشريع ، وامتازوا بالضخامة حتى فى اللغة ، وحتى فى الجسم . والقانون الألمانى خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل ، وهو يبز من الناحية الفقهية أى قانون آخر ، فقد اتبع طريقة تعتبر من أدق الطرق العلمية وأقربها للمنطق القانونى . ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار ، فان تعقيده الفنى ودقته العلمية أقصياه بعض الشىء عن منحى الحياة العملية ، وجعلاه مغلق التركيب عسر الفهم .

وقد كان القانون الرومانى ، باسم قانون البندكت (Pandectes) ، هو الذى يطبق فى البلاد الألمانية ، قبل صدور هذا التقنين . وكانت العادات الجرمانية تطبق أيضا الى جانب القانون الرومانى . وقد صدرت مجموعات مقننة فى بعض البلاد الجرمانية ترجع الى عهد بعيد ، أهمها التقنين البروسى المعروف باسم قانون فردريك الأكبر ، بدأ تحضيره فى سنة ١٧٤٦ ولكنه لم يعمل به الا فى سنة ١٧٩٤ . وكذلك القانون النمساوى الذى عمل به فى سنة ١٨١٢ ، وهو

القانون الذى عدل فى السنين الأولى من الحرب الكبرى كما سبقت الاشارة الى ذلك .

ثم قام فى أوائل القرن التاسع عشر فقيه ألمانى معروف (Thibault) ، ينادى بتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها . فقام فى وجه الفقيه الألمانى الكبير سافينى (Savigny) ، زعيم المدرسة التاريخية فى القانون ، وناهضه مناهضة عنيفة ، محتجا بأن القانون لا يجوز تقنينه ، اذ أن التقنين يعوق تطوره ويقضى عليه بالجمود . ونجح سافينى فيما دعا اليه . فأخر بذلك التقنين الألمانى دهرا طويلا .

على أن فكرة التقنين العام الشامل للقوانين الجرمانية لم تخمد ، بل أخذت تنتشر فى شىء من البطء ، ثم نشطت حركتها على أثر تقرير شىء من الوحدة الامبراطورية الألمانية فى منتصف القرن التاسع عشر . وعند ما تكوّن اتحاد الشمال الجرمانى وجدت هيئة تشريعية مركزية ذات اختصاص ضيق لهذا الاتحاد . ثم تألفت فى سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقهاء الألمان والنمساويين (Juristentag) تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها ، فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون الالتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde) .

ولما توحدت الأمبراطورية الألمانية فى سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع المدنى من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية . فشكل مجلس البوندسرات (Bundesrath) فى سنة ١٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة لتقنين مدنى . ولما وضعت هذه الخطة ، تألفت لجنة مشكلة من أحد عشر عضوا ، كلهم من الفقهاء والقضاة ، وقد قام كل عضو بكتابة النصوص فى موضوع من موضوعات القانون وكل اليه ، وأخذت هذه اللجنة بمشروع درسد فى الالتزامات . وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة النصوص فى سنة ١٨٨٠ . واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه المشروعات ، وظلت فى عملها حتى سنة ١٨٨٧ ، فأخرجت « المشروع الأول » للقانون الألمانى . ونشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء فى سنة ١٨٨٨ . فتولاه الرأى العام بالتمحيص والنقد ، ونشرت أبحاث كثيرة

متنوعة ، من مقالات ورسائل ومشروعات معارضة ، كتبها المشتغلون بالقانون فى ألمانيا يبحثون فيها المشروع المعروض للاستفتاء من جميع نواحيه . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع أن لغته أقرب للفقه منها الى التشريع ، وأن نفوذ القانون الرومانى متغلغل فيه ، ومن أجل هـذا قام فى وجهه جييرك (Gierke) ، الفقيه الألمانى المعروف ، وكان من أكبر الدعاة لوجوب الأخذ بالعادات الجرمانية اذ هى قوانين البلاد الأصلية ، ونادى بوجوب تغليب هذه العادات على القانون الرومانى الدخيل فى التقنين الجديد .

فشكل مجلس البوندسرات فى سنة ١٨٩٠ لجنة أخرى من اثنين وعشرين عضواً ، جمعت الى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة والمال وكبار الملاك . واتخذت هـذه اللجنة أساسا لعملها « المشروع الأول » ، وأخذت فى تعديله . وكلما أنجزت جزءا نشرته للاستفتاء . فانتهى « المشروع الثانى » فى سنة ١٨٩٥ . ثم عادت اللجنة الى مراجعة هـذا المشروع فى ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء الذى قامت به ، فعدلت منه أيضا . وعرض هذا المشروع الثانى المعدل (المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات فى يناير سنة ١٨٩٦ ، بعد أن تخفف من نزعته الفقهية وزاحمت فيه التقاليد الجرمانية النفوذ الرومانى . فنظر فيه هـذا المجلس ، وأحاله ، وقد أصبح « مشروعا رابعا » ، على مجلس الريشستاج (Reichstag) .

واتفقت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها فى طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية ، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هى دون تعديل حتى لا يختل تناسقها . وألف مجلس الريشستاج لجنة مثلت فيها كل الأحزاب . وقد اقترحت هذه اللجنة ما رأته من التعديلات فى حدود ما سبق الاتفاق عليه . فكان ذلك سببا فى سهولة وسرعة موافقة المجلس على المشروع ، اذ وافق عليه فى أول يوليه سنة ١٨٩٦ . وفى ١٤ يوليه من السنة نفسها ، وافق عليه مجلس البوندسرات ، وكان قد عرض عليه أولا كما قدمنا . ثم ختمه الامبراطور فى ١٨ أغسطس سنة ١٨٩٦ ، وأصدره فى ٢٤ أغسطس

سنة ١٨٩٦ ، على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ .

هذا هو تاريخ موجز للتقنين الألمانى . نرى منه قدر العناية التى بذلها الألمان فيه . فقد صرفت اللجان والمجالس المختلفة فى دراسته أكثر من عشرين عاما . وتحضير هذا التقنين يمتاز بما يأتى : (١) هذه المدة الطويلة التى صرفت فى وضعه ، حتى صار محكما دقيقا . وقد جمع خلاصة الفقه الألمانى فى أرقى مراحله . (٢) اشتراك غير القانونيين ، من رجال الصناعة والمال وكبار الملاك ، فى تحضيره . وهذا ما جعله ثمرة التجارب العملية ، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والتقاليد القضائية . (٣) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التى كان محلا لها ، مما ساعد على تمحيصه تمحيصا دقيقا وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة فى تحضيره ، كل بما وسعته طاقته . وهذه دروس يجب أن نستفيد منها عند مراجعة تشريعنا المدنى .

ترتيب التقنين الألمانى : أما ترتيب هذا التقنين ، فقد احتذى واضعوه فيه مثل الباندكت الرومانية ، فجاء فى خمسة كتب . خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة ، عرضت للأحكام المتعلقة بالشخص وبالشىء وبالعمل القانونى ، وأتتهت بأحكام فى مضى المدة المسقط وكيفية استعمال الحق . وعرض المشرع الألمانى عند الكلام فى الأشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والمنشآت ، وعند الكلام فى العمل القانونى لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام ، كالأهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة ، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث . ووردت نظرية سوء استعمال الحق عند ذكر كيفية استعمال الحقوق .

أما الكتب الأربعة الأخرى ، فالاثنان الأخيران خصصا لقانون الأسرة والميراث . والكتابان الأولان لقانون المعاملات . اشتمل أحدهما على ما بقى من نظرية الالتزام . والثانى عرض للأشياء ، فبدأ بالحيازة ، وأخذ فيها بأحدث النظريات ، ثم استعرض أسباب اكتساب الملكية ، وقد عدلت تعديلا جوهريا بسبب ادخال نظام السجل العقارى .

تقدير هذا التقنين : ولا شك فى أن هناك كثيرا من الدروس يمكن استخلاصها من قانون المعاملات فى التقنين الألمانى ، والاستفادة منها عند مراجعة تشريعنا المدنى . وقد قدرت اللجنة الرسمية الفرنسية ، التى قامت بترجمة القانون الألمانى الى اللغة الفرنسية والتعليق عليه ، هذا القسم من التقنين تقديرا كبيرا من ناحية القانون المقارن [1] .

وقدر التقنين الألمانى تقديرا مختلفا ، فذكرت محاسنه وعيوبه . فكتب الاستاذ جودميه (Gaudemet) ، فى مقاله المنشور فى كتاب العيد المئينى للقانون الفرنسى [2] ، عن هذا التقنين ما يأتى : « ظهر التقنين الألمانى ، وهو آية من آيات الفن والعلم ، كخلاصة نفيسة للنتائج التى وصل اليها الفقه الألمانى فى غضون القرن التاسع عشر ، سواء فى دائرة الباندكت (القانون الرومانى) أو فى دائرة القانون الجرمانى الخاص . ولكن كثير من الشراح يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لا يسد كل الحاجات التى تتطلبها دولة ديمقراطية . وقد قيل عن التقنين الألمانى ، كما قيل عن التقنين الفرنسى ، انه تشريع مغرق فى نزعته « البرجوازية » ، وقد وضع ليحمى مصالح الطبقات المالكة ، ولا يفسح الا مكانا ضيقا للأفكار الحديثة ، التى تقضى بحماية الضعيف و بتوثيق التضامن الاجتماعى » .

وبعد أن ذكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه ، ومن حيث انه جمع خلاصة الفقه القانونى فى القرن التاسع عشر ، قال ما يأتى : « وله ، الى جانب مزاياه التى لا نزاع فيها ، عيوب لا تقل عنها تحقيقا . فهو عمل نظرى فى جوهره ، وقد كتب بأسلوب ثقيل لا يستمرأ ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد . وقد أراد المشرع الألمانى أن يضع حلا لكل شىء ، وأن يفترض كل الفروض ، مستعينا فى هذا بصناعة سار فيها الى أبعد شوط . واذا كان قد نجح

---

(١) انظر مقدمة هذه الترجمة جزء أول ص ٢٥ — ٢٦

(٢) جزء ٢ ص ٩٦٩ .

فى هذا بعض النجاح ، فقد خسر فى سبيل هذا النجاح مزيتى الوضوح والنزعة العملية . ولا شك فى أن العمل جليل يملى الاحترام ، ولكنه كان مجهودا فقهيا أكثر منه مجهودا عمليا تسرى فيه روح الحياة [١] » .

ب — القانون السويسرى

ترتيب هذا التقنين : ينقسم القانون السويسرى الى قسمين منفصلين أحدهما عن الآخر . الأول القانون المدنى ويشتمل على أربعة كتب ، أحدها فى الأشخاص الحقيقية والاعتبارية ، والثانى فى قانون الأسرة ، والثالث فى الميراث والوصية ، والرابع فى الحقوق العينية . والقسم الثانى فى قانون الالتزامات ، ويتضمن ثلاثة أبواب ، أولها يضع نظرية عامة للالتزامات ومصادرها ، والثانى يتناول العقود المدنية ، والثالث يتكلم فى العقود والأوراق والدفاتر التجارية .

ومن ذلك نرى أن المشرع السويسرى يدمج القانون التجارى فى قانون الالتزامات ، ويفصل ما بين الالتزامات وبقية أجزاء القانون المدنى . والسبب فى ذلك يرجع الى اعتبارات تاريخية ، لا الى طريقة علمية قصد اتباعها .

تاريخ وضعه : وذلك أن جمهورية الاتحاد السويسرى فكرت أول الأمر فى تقنين تشريعاتها التجارية . فشكلت لجنة فى سنة ١٨٦٣ من بعض أساتذة القانون لبحث مشروع للقانون التجارى وضمه أحد أعضاء اللجنة ، الأستاذ منتسنجر (Munzinger) . وكان يشمل القانون التجارى وبعض قانون الالتزامات . ثم انعقد مؤتمر من نواب المقاطعات السويسرية لمناقشة هذا المشروع ، فاقترح المؤتمر أن يكون المشروع شاملا لكل قانون الالتزامات الى جانب القانون التجارى . فوضع الأستاذ منتسنجر مشروعا جديدا يحقق هذه الرغبة فى سنة ١٨٧١ ، وقد اتخذ مشروع درسد الألمانى ، التى سبقت الاشارة اليه ، أساسا لعمله .

ثم صدر دستور جديد لجمهورية الاتحاد السويسرى فى سنة ١٨٧٣ ، يعطى

---

(١) انظر جوسران ١ ص ٥٢ — انظر أيضا رأى الأستاذ والتون فى مقاله المنشور بمجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٢ — ١٨٤ .

هيئة التشريع المركزية حق التشريع فى مواد الأهلية وجميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل فى المنقول . فكان من ذلك أن أمكن المضى فى تهذيب مشروع سنة ١٨٧١ ، وجعله شاملا لجميع قانون الالتزامات والقانون التجارى ، ليكون ذلك قانونا عاما لجميع الولايات السويسرية ، اذ أن هذا داخل فى اختصاص الهيئة التشريعية المركزية وفقا للدستور الجديد .

فقدم الاستاذ فيك Fick ، بعد موت الأستاذ منتسنجر ، مشروعه الأول فى سنة ١٨٧٥ . وتشكلت لجنة من بعض الاساتذة والقضاة لبحث هذا المشروع ، فبحثته ونشرته للاستفتاء فى سنة ١٨٧٧ . ثم أعادت بحثه مرة ثانية ، بعد زيادة فى أعضاء اللجنة ، فبسطت من عبارته ، وزادت فى وضوحه . وعرض المشروع على الهيئة التشريعية فى سنة ١٨٧٩ ، فأعادته لمراجعته فى بعض أجزائه ثم وافقت عليه جملة واحدة فى سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لا تخل بتناسق التقنين وقد عمل به من أول يناير سنة ١٨٨٣ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسرى فى صورته الأولى .

ويتبين مما تقدم أن السبب فى فصل قانون الالتزامات عن بقية أجزاء القانون المدنى يرجع الى اعتبارات دستورية . فقد رأينا أن دستور سنة ١٨٧٣ لم يكن يعطى الهيئة التشريعية المركزية فى جمهورية الاتحاد حق التشريع الا فى المسائل التجارية وفى موضوع الالتزامات ، فصدر التشريع المركزى مقصورا على هذه الموضوعات . ولما روجع دستور الاتحاد فى سنة ١٨٩٨ أعطيت الحكومة المركزية حق التشريع فى جميع مسائل القانون المدنى . فاعتزمت الحكومة على تكملة التقنين المدنى ، وعلى مراجعة قانون الالتزامات فى الوقت ذاته ، لسرعة تطور التشريع فى العصور الحديثة [١] .

---

(١) فاذا كان السويسريون قد أحسوا ضرورة مراجعة تقنينهم ولم يمض عليه أكثر من خمسة وعشرين عاما ، مع أنه صدر فى نفس الوقت الذى صدر فيه تقنيننا (سنة ١٨٨١ وسنة ١٨٨٣) ، وكان وضعه أكثر دقة وأشد احكاما ، فما أحوجنا اليوم ، وقد مضى على القانون المصرى خمسون عاما ، الى هذه المراجعة .

فبدأ الأستاذ (Huber) بوضع مشروع للقانون المدنى يكمل قانون الالتزامات . ثم راجع بعد ذلك قانون الالتزامات ، وجعله الباب الأخير من مشروع القانون المدنى . وأحيل المشروعان على لجان مشكلة من بعض الأساتذة والقضاة . وعرضا بعد ذلك على الهيئة التشريعية المركزية . فأقرت هذه الهيئة القانون المدنى منفصلا عنه قانون الالتزامات فى سنة ١٩٠٧ ، وتقرر أن يعمل بهذا القانون فى أول يناير سنة ١٩١٢ .

ثم شكلت لجنة جديدة ، من أساتذة وقضاة أيضا ، لاعادة مراجعة المشروع المعدل لقانون الالتزامات ، فقدمت اللجنة مشروعا نهائيا الى الهيئة التشريعية فى سنة ١٩٠٩ ، فأقرته هذه الهيئة فى سنة ١٩١١ ، على أن يعمل به هو والقانون المدنى معا فى أول يناير سنة ١٩١٢ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسرى فى صورته الحاضرة .

وقد بقى منفصلا عن القانون المدنى كما كان الأمر من قبل ، لأن مراجعته لم تكن كاملة ، بل بقى الجزء الخاص بالقانون التجارى على حاله كما كان فى سنة ١٨٨٣ ، اذ ضاق الوقت عن مراجعته ، بعد أن اعتزم العمل بقانون الالتزامات مع القانون المدنى فى سنة ١٩١٢ . ويقول السويسريون ، تبريرا لعدم توحيد القانون المدنى ، ان قانون الالتزامات (وقد اكتفى بجعله الكتاب الخامس ، مكملا بذلك كتب القانون المدنى الأربعة دون أن يدمج فيها) قانون قائم بذاته ، له تقاليد مستقلة ، وتاريخ قديم ، وقد ألفت الناس الاشارة الى نصوصه ، فلا يضر وحدة التشريع بقاؤه منفصلا انفصالا ماديا محضا [١] .

ومما هو جدير بالذكر أن التقنين السويسرى صدر بلغات ثلاث ، الألمانية والفرنسية والايطالية ، وكلها لغات رسمية للقانون . وقد اقتضت ذلك حالة سويسرا من حيث تعدد اللغات فيها .

(١) انظر شنيدر وفيك فى قانون الالتزامات السويسرى ص ٧ — وتقرير لجنة المجلس التشريعى الاتحادى فى وثائق هذا المجلس سنة ١٩١١ المجلد الأول ص ٦٩٩ .

ونحن اذا عرضنا لكيفية تحضير التقنينات الحديثة ، فذلك لنستخلص منها دروسا نافعة ، نستفيد منها فى وضع نظام للاجراءات التى يحسن اتباعها فى مراجعة تشريعنا . ويلفت النظر فى تاريخ تحضير التقنين السويسرى أن هذا التقنين قام على أكتاف الأساتذة ، بل ان الذى كان يضع المشروعات الأولى هو أستاذ واحد (متنسنجر — فيك — هوبر) ، ثم تبحث المشروع لجنة مشكلة من أساتذة وقضاة . وهذا يختلف عن تحضير التقنين الألمانى ، فقد اشترك فيه رجال غير قانونيين كما قدمنا ، وقام بوضع نصوص المشروع الأول أحد عشر شخصا لا شخص واحد .

وكان المنتظر أن يكون التقنين السويسرى ، وهو من عمل الأساتذة ، عملا فقهيا ، فاذا به ذو صبغة عملية بارزة ، كما سنبين ذلك . أما التقنين الألمانى ، وقد اشترك فى تحضيره رجال عمليون ، فصبغته الفقهية واضحة مشهورة ، وقد سلفت الاشارة اليها .

تقديره : يمتاز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة ، فيتغاير بهذا مع التقنين الألمانى المغلق المعقد . وهو يجمع الى الوضوح والبساطة الدقة والتعمق ، ثم يضم الى كل ذلك الجدة والتمشى مع أحدث النظريات العلمية . ففيه تجتمع مزايا التقنين الألمانى من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنين الفرنسى من حيث السلاسة والوضوح .

فهو مثل عال من مثل التشريع ، من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع . ووضوحه كان سببا فى انتشاره انتشارا سريعا . وأصبح شأنه من حيث الذيوع فى القرن العشرين شأن التقنين الفرنسى فى القرن التاسع عشر . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم ، كالترك ، أن اتخذته تشريعا لها جملة واحدة ، وآثرته على جميع التقنينات الغربية عند ما أرادت الانتقال من الشريعة الاسلامية الى التشريع الأوروبى . ولا شك فى أن هناك دروسا نافعة كثيرة يمكننا أخذها من هذا التقنين عند مراجعة تشريعنا .

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج ايديهم ، لم ينحوا فيه منحى التقليد المجرد . وفى هذا يقول الأستاذ روسل (Rossel)[1] : « قد استمددنا القانون المدنى السويسرى من مصادر هى مصادرنا . وقد استطعنا أن نتجنب الاستمداد من التشريعات الأخرى . واذا كان طبيعيا أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنين الألمانى أو التقنين الفرنسى ، فتقنيننا ليس مدينا لأى من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مدينا لهما الا فى بعض المسائل التفصيلية ، وبقدر واحد تقريبا بالنسبة لكل منهما . ويمكن القول ان تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا وأخلاقنا وعقليتنا ، اذ أنه حقا تشريع سويسرى قبل كل شىء ». وهذا وصف رائع لما يجب أن تكون عليه تشريعات الأمم ، وان كان فيه شىء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريعات الأجنبية .

وليس السويسريون وحدهم هم الذين يعجبون بتقنينهم ، بل يشترك فى هذا الاعجاب كثير من العلماء الأجانب . فيرى الأستاذ جوديمه أن التقنين السويسرى قد امتاز ببساطته ، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية ، وبصبغته العملية السائدة ، وقد حقق ، بهذا الوضوح وبهذه البساطة ، الى أقصى حد ممكن ، المثل الأعلى لتشريع ديموقراطى[2] . ويرى الأستاذ جوسران أن التقنين السويسرى قد فاق التقنين الألمانى من وجوه كثيرة ، فهو أكثر مرونة ، وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولا للأفكار الحديثة فى المساواة والتضامن الاجتماعى ، وهو لم يحاول أن يوجد حلا لكل فرض ، بل ترك للقاضى وللفقيه حرية واسعة فى التقدير وفى الاجتهاد واكتفى بتقرير المبادىء العامة ، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون[3] . ويرى الأستاذ والتون أن التقنين السويسرى هو خير تشريع تحتذيه أمة تريد أن تقتبس من التشريعات الأجنبية ، لبساطة عبارته ، ووضوح

(١) القانون المدنى السويسرى — لوزان ص ٨ — ٩ .

(٢) المقال المنشور فى كتاب العيد المثبق القانون الفرنسى جزء ٢ ص ٩٦٩ — ٩٧٠ .

(٣) جوسران ١ فقرة ٥٣ .

أسلوبه ، وصبغته العملية [١] .

جـ — المشروع الفرنسى الايطالى

تاريخ وضعه : المشروع الفرنسى الايطالى هو مجرد مشروع لم يتخذ بعد قانونا . ولكنه مع ذلك صار موضوعا لدراسات متعددة . اذ هو خلاصة القوانين اللاتينية ، جددت حتى صارت تماشى العصر . وهو يصلح أن يكون مشروعا لمراجعة القانون الفرنسى والقانون الايطالى والقوانين اللاتينية الأخرى . فأصبحت دراسته عنصرا من عناصر القانون المقارن . و يوضع عادة رمزا للروح اللاتينية ، الى جانب القانونين الألمانى والسويسرى رمز الروح الجرمانية .

بدأ وضع المشروع فى أواخر الحرب العظمى ، فى سنة ١٩١٨ ، اذ قام الأستاذ شيالويا (Scialoja) ، الفقيه الايطالى المعروف ، ينادى بتوحيد القانونين الفرنسى والايطالى ، ليكون ذلك أساسا لتوحيد القانون فى أكثر بلاد العالم . فلقى من الأساتذة الفرنسيين ، لا سيا الأستاذ لارنود (Larnaude) عميد كلية القانون بباريس فى ذلك الوقت ، ترحيبا بدعوته . وألفت لجنتان ، احداهما فرنسية برآسة الأستاذ لارنود ، والأخرى ايطالية برآسة الأستاذ شيالويا . وكان أعضاء اللجنتين من الأساتذة والقضاة والمحامين والوزراء السابقين وأعضاء الهيئات التشريعية وكبار الموظفين . واتفقت اللجنتان على أن يبدآ عملهما بقانونى الالتزامات والعقود .

وتحولت اللجنة الايطالية الى لجنة رسمية ، واختصت بمصادر الالتزام وأنواعه المختلفة . أما اللجنة الفرنسية فبقيت غير رسمية مدة طويلة ، واختصت بآثار الالتزام وطرق اثباته ، ثم تحولت بعد ذلك الى لجنة رسمية . وما لبثت اللجنة الايطالية أن حلت محلها لجان متعاقبة ، تكمل كل لجنة أعمال سابقتها .

و بقيت اللجنتان الفرنسية والايطالية ، بعد أن أصبحتا رسميتين ، تعملان ،

---

(١) مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٢ وص ١٨٤ .

وتتصل احداها بالأخرى ، اما بطريق اجتماعات دورية أو بطريق المراسلة أو ايفاد مندوبين ، حتى انتهتا من عملهما . فأتمتا مشروع تقنين فى موضوع الالتزامات والعقود ، كتب باللغتين الفرنسية والايطالية ، وأرفق به تقرير تفسيرى ، وقدم للحكومتين فى سنة ١٩٢٨ .

ترتيبه : فالمشروع مقصور اذن على الالتزامات والعقود . ويضع الباب الأول منه نظرية عامة للالتزامات ، وهو مقسم الى ستة فصول ، تبحث فى مصادر الالتزامات وآثارها والالتزامات الموصوفة وانقضاء الالتزامات ونقلها وطرق اثباتها . ويعقب الباب الأول أبواب كثيرة ، عقد كل باب منها لعقد من العقود المبينة ، فبسط المشروع أحكام عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والايراد المؤبد والايراد المرتب طول الحياة والرهان وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديعة والحراسة والنقل والنزول فى الفنادق (hôtellerie) ورهن الحيازة فى المنقول وفى العقار والكفالة .

تقديره : والمطلع على المشروع لا يسعه الا أن يعجب بالمجهود الكبير الذى قام به واضعوه . فقد كلفهم هذا العمل جهود عشرة أعوام لم تذهب عبثا . فخرجوا بعمل تشريعى يستوقف النظر ، ويكسب القوانين اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها ، وينفخ فيها روح العصر الذى نعيش فيه . وهو من الناحيتين الشكلية والموضوعية يفضل التقنينين الفرنسى والايطالى اللذين يراد به أن يحل محلهما . ولا شك فى أن دراسة هذا المشروع ضرورية لنا عندما نريد مراجعة تشريعنا ، اذ هو نواة صالحة لمراجعة ما كان مصدره لاتينيا من القوانين ، كقانوننا المصرى . وقد ذهب البعض الى حد أن اقترح اتخاذ المشروع برمته قانونا فى مصر ، نعدل به قانوننا فى الالتزامات وفى العقود [١] . ونحن وان كنا لا نذهب

---

(١) أنظر محاضرة الأستاذ بوابيه (Boyé) المنشورة فى مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ٢٨ — ص ٢٩ . ويشير الأستاذ بوابيه ، فى محاضرة أخرى ، باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى مصدرا تشتق منه المحاكم مبادىء القانون الطبيعى والعدالة .

الى هذا الحد ، لا نشك فى امكان الاستفادة من المشروع الفرنسى الايطالى عند مراجعة تشريعنا الحاضر . فقد توخى فى وضعه قدر كبير من الدقة ، وأدخل فيه كثير من النظريات القانونية الحديثة .

واليك ما يقوله واضعو المشروع فى التقرير التفسيرى الذى أرفقوا به مشروعهم : « لقد كان المشروع الذى خلص من هذا التعاون فى العمل ثمرة مجهود أخوى منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين . وقد بذل هؤلاء الفقهاء ما فى وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصح أن يمثل ، فى كل بلد من البلدين ، أرقى نظام قانونى يطلبه العلم والعمل . فأوجدوا بذلك أول نموذج جدى لما يمكن أن يكون عليه ، فى المستقبل القريب أو البعيد ، قانون خاص جديد لأوروبا ، يكون مشتركا بين جميع الأمم ، أو بين طائفة كبرى من هذه الأمم الأوروبية ، بل ومن أمم أخرى وراء البحار . فنحن تعجلنا بذلك أعمال معهد توحيد القانون الخاص ، وأوجدنا أول أساس قوى لقانون عالمى مشترك [١] » .

وقد اقتبس واضعو المشروع ، كما يذكرون فى تقريرهم [٢] ، بعض الأحكام من القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون النمساوى والقانون البرازيلى وغيرها من القوانين الأخرى ، حتى يجعلوا المشروع نواة صالحة لتوحيد القوانين المتحضرة فى العالم .

والظاهر أن المشروع كان له صدى واسع فى البلاد التى تأثرت بالقوانين اللاتينية . فقد ترجمته رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذه تشريعا لها . واتخذته ألبانيا بالفعل تشريعا لها فى نفس السنة التى ظهر فيها . وتتتبعه بلاد أخرى باهتمام كبير ، كاليونان وبولونيا ويوجوسلافيا وبلجيكا وأمريكا اللاتينية .

والسر فى نجاحه ، على ما يظهر ، يرجع الى أنه محافظ على الروح اللاتينية

---

(١) ص ٣٥ من التقرير .

(٢) ص ٣٧ من التقرير .

فى بساطتها ووضوحها ، وهو يتمشى فى الوقت ذاته مع النظريات الحديثة . وقد وصل الأستاذ بوابيه (Boyé) من الغلو فى تقديره الى حد أن فضله على التقنين السويسرى من حيث الدقة والتحديد [١] .

على أننا نرى أن المشروع الفرنسى الايطالى ، وهو فى ذلك ككل عمل تشريعى يرمى الى توحيد القوانين ما بين الأمم المختلفة ، يحمل أثرا قويا من روح المساومة والرغبة فى تسوية الخلاف ما بين التشريعين اللذين يرمى الى توحيدهما . وهو يكاد يكون رجعيا فى نزعته ، اذ يحتفظ بالروح اللاتينية الى حد جعله يضحى من أجل الاحتفاظ بهـا التمشى مع روح التقدم الحديثة فى بعض النواحى ، حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا فى التشريعات الفرنسية والايطالية الحاضرة ، فيكون بذلك أدنى الى أن تأخذ به الأمتان . من ذلك أنه لا يعترف بحوالة الدين كما اعترف بحوالة الحق ، وهو يجارى فى ذلك القانونين الفرنسى والايطالى . ويحتفظ ببعض أغلاط فى القانون الفرنسى ، دون أن يوجد سبب ظاهر لذلك الا رغبة واضعى المشروع ألا يحدثوا تغييرات كثيرة فى التشريعات الحاضرة [٢] . ولم تفت ملاحظة هـذه النزعة الرجعية بعض من اشتركوا فى وضع المشروع [٣] .

---

(١) أنظر محاضرته المشار اليها فى مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ١٨ .

(٢) أنظر مثلا لذلك المادة ١٩ من المشروع ، وهى خاصة بالاكراه . يقع هذا النص فى نفس التناقض الذى وقعت فيه المادة ١١٢ من القانون المدنى الفرنسى ، من حيث جمعه بين المعيار المادى والمعيار الشخصى للاكراه . ويرتكب الخطأ الذى ارتكبه المشرع الفرنسى فى المادة ١١١٣ من تعداده أشخاصا معينين يعتبر وقوع الاكراه عليهم مؤثرا فى ارادة المتعاقد ، وان كان قد أفسح المجال بعض الشىء لتقدير القاضى .

(٣) من ذلك ما يقوله الأستاذ ريبير (Ripert) : « لم يكن الغرض وضع مشروع تقنين يكون جديدا من جميع الوجوه ، أو تسجيل كل الأفكار التى جدت فى موضوع الالتزامات فى غضون القرن الماضى وأول القرن الحاضر بنصوص تشريعية . وانما قصد تقريب قانون كل بلد من قانون البلد الآخر ، مع ادخال بعض القواعد القانونية الجديدة ، التى أخذت بها التشريعات الأجنبية أو القضاء ، تمشيا مع الحاجات العملية الحديثة ، فى هذا القانون المشترك . وهذه خطة حكيمة ، وخطرها الوحيد هو أنها لا تفسح مجالا للتقدم . —

على أنهم جميعا يعترفون بأنهم تجنبوا ادخال تعديلات جوهرية فى التشريعات الحاضرة [٤] .

أهمية الرجوع الى التقنينات الحديثة : يتبين مما تقدم أهمية الرجوع الى التقنينات الحديثة عند تنقيح تشريعنا المدنى ، فمنها نستطيع أن نستخلص أحدث النظريات القانونية ، فنختار ما يتلاءم مع حالتنا . وسنشير الى بعض من هذه النظريات عند ما نبين الأساس الذى تبنى عليه المراجعة .

والذى يهمنا هنا أن نؤكده هو أن التقنينات الحديثة قد تقدمت تقدما محسوسا ، يجعل القانون الفرنسى العتيق ، والقانون المصرى معه ، قديمين لا يكادان يصلحان للعصر الذى نعيش فيه .

فتقدم علم القانون المقارن والتشريعات الحديثة هو اذن سبب آخر ، يضاف الى السبب الأول ، ويدعونا الى التعجيل بتنقيح قانوننا المدنى .

— فالاتفاق على ابقاء الموجود أسهل من الاتفاق على تحقيق اصلاح فيه . لذلك أمعن المشروع الفرنسى الايطالى فى نزعته المحافظة أكثر مما يجب فى كثير من المسائل . ولم يكن يمكن تحقيق الاتفاق الا بشرط ابقاء ما ظهر للبعض أنه عتيق ، والامتناع بنوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا » (مقدمة الأستاذ ريبير لرسالة فيدوردنو فى المشروع الفرنسى الايطالى باريس سنة ١٩٣٢ ص ٥) .

(١) أنظر التقرير المرفق بالمشروع ص ٣٧ — ص ٤١ .

§ ٢

على أى أساس يكون تنقيح القانون المدنى المصرى

دقة الموضوع : لا يكفى أن نشير بتنقيح القانون المدنى ، بل يجب أن نبين على أى أساس يكون هذا التنقيح . ونحن نورد ما يعن لنا من الرأى فى هذا الموضوع الدقيق . وحسبنا أن نفتح الباب لمناقشة هذه المسألة بما تقتضيه من دقة وتعمق ، فان خطر الأمر يتطلب مجهودا كبيرا يشترك فيه المشتغلون بالقانون فى مصر ، فليس تنقيح تقنين ، لا سيما اذا كان هو التقنين المدنى ، بالأمر الهين .

لذلك نتقدم بملاحظاتنا فى هذا الموضوع فى شىء من التهيب . ولا نقصد الا أن نضع الأمر تحت أعين رجال القانون ، ليروا فيه رأيهم بعد مناقشة وبحث وتمحيص .

وقبل أن نحدد الأسس التى يبنى عليها تنقيح قانوننا المدنى ، نحب أن نتقدم بأمر يجب أن يكون التفكير فيه سابقا على كل تفكير . فان تنقيح القانون المدنى لا يكون ذا قيمة فى نظرنا ، الا اذا تم لنا من هذا التنقيح تقنين مدنى كامل موحد .

ادماج الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى : نريد تقنيننا كاملا ، فلا معنى لشطر القانون شطرين ، بين معاملات وأحوال شخصية . فالتقنين الجديد يجب أن يكون شاملا لكل المسائل التى يحتويها القانون المدنى الكامل . ولا نقصد بهذا أن ننقل تشريع الأحوال الشخصية من التشريعات الغربية . بل يجب أن يكون تشريعنا فى هذه المسائل منقولا من الشريعة الاسلامية ، مع جعله ملائما لأن يطبق على غير المسلمين من المصريين ، فيكون لنا بذلك تشريع عام فى الأحوال الشخصية ، يخضع له جميع المصريين ، مع احترام العقائد الدينية وعدم المساس بها . فنحن اذن لا نريد بادماج الأحوال الشخصية فى القانون المدنى أن ننتقص من سلطان الشريعة الاسلامية ، بل على العكس من ذلك ، نحن نحب امتداد هذا السلطان الى دائرة المعاملات نفسها . ولكننا نريد أن

نحصل على مزية التقنين فى جميع تشريعنا المدنى . أما فى الحالة الحاضرة ، فلا تزال نصف قانوننا المدنى غير مقنن . ولا علة لهذا سوى وهم قام بالذهن من أن الشريعة الاسلامية يجب البحث عنها فى بطون كتب الفقهاء ، مع أن تقنينها أمر ليس بالصعب ، بل هو أمر قد تم بالفعل ، وقد قام به الأتراك رسميا فى «مجلتهم» المشهورة . وقام به فذ من المصريين هو المرحوم محمد قدرى باشا ، فوضع كتبا قيمة يقنن فيها أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية وفى المعاملات وفى الوقف . فلتقنين الشريعة الاسلامية اذن سوابق معروفة . ولا نذهب بعيدا ، فان المشرع المصرى قد قنن بالفعل بعض أحكامها فى شكل تشريعات خاصة ، أدمج بعضها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وبقى البعض الآخر منفصلا [1]. فلماذا لا نقوم بالعمل كاملا ، ونتولى ، بمناسبة تنقيح القانون المدنى ، تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية ، وننتهز هذه الفرصة فنختار من كتب فقهاء المسلمين فى هذه المسائل ما يكون أكثر اتفاقا مع روح العصر ، دون أن نتقيد بمذهب معين ، فيكون تقنين أحكام الأحوال الشخصية ليس مجرد تقنين ، بل هو اصلاح قانونى شامل ، نحس جميعا أن البلاد متعطشة له . بل هو لا يكون اصلاحا فحسب ، اذ نحب أن تكون الأحكام التى نقننها من الشريعة الاسلامية قابلة للتطبيق على غير المسلمين من المصريين . واذا اقتضى الأمر أن نقنن أحكاما خاصة بغير المسلمين ، أمكن ادماج هذه الأحكام فى تقنين الأحوال الشخصية على أن يقتصر تطبيقها على غير المسلمين . وبهذا يخلص لنا تقنين مدنى كامل ، معروف الأحكام ، بيّن السبيل .

(١) وقد ألفت حكومة الجزائر ، من مدة طويلة ، لجنة لتبحث فى امكان تقنين أحكام الشريعة الاسلامية . فاختلفت الآراء ، وأشار البعض بالتقنين ، وأشار البعض الآخر بعكس ذلك . ولكن الظاهر أن هناك ظروفا خاصة ببلاد الجزائر ، كان لها أثر كبير فى هذا الاختلاف . فبعض القائلين بعدم التقنين كانوا يخشون ، اذا قننت أحكام الشريعة الاسلامية، أن يتوطد سلطان هذه الأحكام ، ويصعب بعد ذلك منافسة أحكام القانون الفرنسى لها . (أنظر الوثائق التى نشرتها حكومة الجزائر فى سنة ١٩٠٦ تحت عنوان : مشروع تقنين الشريعة الاسلامية : الجزائر سنة ١٩٠٦) .

وادماج أحكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى لا يعنى حتماً أدماج المحاكم الشرعية والمجالس الملية والمجالس الحسبية فى المحاكم الأهلية ؛ وأن كان ذلك مما يرغب فيه كل مصرى يحب اصلاح القضاء فى بلاده . ولـكن اذا فرض أن هذا الاصلاح لم يقدر له أن يتم الآن ، فانه من الممكن فصل فكرة توحيد التقنين عن فكرة توحيد المحاكم . واذا أعوزنا أن تـكون لنا محكمة واحدة ؛ فلا أقل من أن يكون لنا قانون واحد . وهذا القانون تطبقه المحاكم المختلفة ، كل محكمة فى دائرة اختصاصها ، فالمحاكم الشرعية والمجالس الملية تطبق القسم الخاص بالأحوال الشخصية من هذا التقنين الجديد ، والمجالس الحسبية تطبق القسم الخاص بالأهلية وما يتعلق بها ، والمحاكم الأهلية تطبق القسم الخاص بالمعاملات . وتبقى الحال كذلك حتى يحين الوقت الذى تندمج فيه كل هذه الجهات القضائية فى جهة واحدة ، ونرجو أن يكون قريبا .

توحيد التقنين الأهلى والمختلط : وكما نريد تقنيننا كاملا يشمل الأحوال الشخصية الى جانب المعاملات ، نريده كذلك موحدا يطبق على جميع سكان مصر ، من مصريين وأجانب . فلا يكون هناك تقنين للمحاكم الأهلية ، وتقنين آخر للمحاكم المختلطة . فان اختلاف القوانين فى المسألة الواحدة ليس من شأنه الا ايجاد الفوضى والاضطراب فى المعاملات ، وقد سبقت الاشارة الى الضرر الذى ينجم عن ذلك ، عند الـكلام فى وجوه الخلاف الموجودة بين القانون الأهلى والقانون المختلط . وليس المصريون وحدهم هم الذين يقولون بوجوب توحيد القانون المدنى ، فان فقهاء كبارا من غير المصريين ينعون على التشريع المصرى عدم التوحيد ، واليك ما يقوله الأستاذ ارمانجون فى هذا الصدد : « والداهية أن (القواعد القانونية) ليست واحدة فى القوانين المختلطة والقوانين الأهلية . واذا كانت هذه مأخوذة من تلك فان النقل لم يكن أمينا . وسنرى ، فى كثير من المسائل التفصيلية ، خلافا بين التشريعين فى المسائل المدنية والتجارية وقواعد المرافعات . . . . ومـــا يزيد الموقف سوءا أن بعض أحكام الشريعة الاسلامية ، وتطبقها قضاة المحاكم الشرعية ، داخلة فى دائرة الأحوال العينية . . . .

فأصبح يوجد بذلك ثلاثة تشريعات مصرية فى المعاملات ، دون فائدة أو سبب ظاهر . وهذا عدم اتساق فى التشريع غريب ، ليس بالنظرى مطلقا ، وسيظهر لنا فيما يلى بعض الأضرار الجسيمة التى تنجم عنه [١] » . وقد لاحظ الأستاذ ارمانجون ، فى المقال الذى وردت فيه هذه العبارة ، أن توحيد القانونين الأهلى والمختلط ، فى الوقت الذى كتب فيه هذا المقال ، أمر صعب التحقيق ، اذ يقتضى موافقة الدول ذوات الامتياز على هذا التوحيد ، وعلى كل تعديل يتم بعد ذلك [٢] ، ولكن هذه الصعوبة قد زالت الى حد كبير ، اذ يكفى الآن موافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، وتغنى هذه الموافقة عن الحصول على موافقة جميع الدول .

على أن الأمر أكبر خطرا من أن نصطنع فيه هوادة أو استرخاء . فهل قدر لنا أن نبقى غير مستقلين فيما يتناول الصميم من سيادتنا الداخلية ، وهو حق التشريع . أليس حق التشريع الشامل لكل سكان البلاد هو من أخص مميزات سيادة الدولة . فكيف نبقى مغلولى الأيدى دون هذا الحق ، والى متى نعانى هذا القيد الثقيل ؟ ان كل مصرى سمع شيخ القضاة يدوى صوته فى أكبر حفل جمع رجال القضاء والقانون ، وفى حضرة مليك البلاد ، وهو يعلن فى عزم وأباء : « ان مصر أصبحت مستحقة للتمتع بما تتمتع به كل أمة من الاستقلال بإدارة العدل فى ديارها بين قضاتها أجمعين » ، لم يلبث أن أحس صوت هذا الشيخ الجليل قد مس الوتر الحساس فى قلبه ، وأن هذا القول قد عبر به ، لا عن أمنية المصريين فحسب ، بل عن رغبتهم الصادقة ، وارادتهم التى لا يثنون عنها ، فى أن يكون لجميع سكان البلاد تشريع واحد ومحاكم واحدة .

على أن توحيد التقنين المدنى يمكن النظر فيه منفصلا عن توحيد المحاكم كما أسلفنا . فمهما يكن من مصير المحاكم المختلطة ، فان توحيد التقنين المدنى فى

---

(١) كتاب السيد المثيق للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٧٤٠ .

(٢) كتاب السيد المثيق للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٧٥٦ — ص ٧٥٧ .

المعاملات أمر ضرورى على كل حال ، سواء بقيت هذه المحاكم أو زالت . اذ على فرض بقائها ، والأخذ فى ذلك بمشروعات هرست (Hearst) فى الاصلاح القضائى ، وهى المشروعات التى دارت بشأنها مفاوضات طويلة بين مصر وانجلترا ، فلا يشك أحد من المشتغلين بالقانون أن وجود تقنين واحد ، تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية [1] على السواء ، أمر يقتضيه حسن توزيع العدالة فى البلاد ، ويقضى على الفوضى والاضطراب الذى يسود المعاملات من جراء اختلاف القوانين . واذا كنا قد رأينا أنه يمكن ادماج أحكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى ، مع بقاء محاكم الأحوال الشخصية منفصلة عن المحاكم الأهلية ، فانه يمكن من باب أولى أن يتوحد التقنين الخاص بالمعاملات ، مع قيام طائفتين من المحاكم ، كل منهما تطبقه فى دائرة اختصاصها . واذا كان الفرنسيون والايطاليون يسعون الى توحيد قوانينهم ، مع اختلاف المحاكم التى تطبقها ، كما رأينا ذلك عند الكلام فى المشروع الفرنسى الايطالى ، مع أن فرنسا وايطاليا دولتان مستقلتان احداهما عن الأخرى ، فكيف لا تطلب مصر ، وهى دولة

(١) يسرنا أن نعلم أن لجنة الاحتفال بالعيد الخمسينى للمحاكم الأهلية قد اقترحت تعديل الاسم الفرنسى الذى يطلق على هذه المحاكم . فلا تدعى Tribunaux indigènes ، بل تدعى Tribunaux nationaux .

وحبذا لو ظهر أثر هذا التعديل فى اللغة العربية أيضا . ولا نرى أن تسمى محاكمنا « بالمحاكم الوطنية » ، فهذا اسم لا يختلف كثيرا عن اسم « المحاكم الأهلية » ، أو هو لا يؤدى المعنى المقصود . وخير تسمية نراها هى « المحاكم المصرية » . ولا يعترض على ذلك بأنه توجد فى البلاد محاكم مصرية أخرى ، كالمحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية ، فكل هذه محاكم استثنائية ، اذا قرنت الى محاكم « القانون العام » وجب أن تتخذ لها اسما خاصا يميزها . أما المحاكم العامة ، فهى وحدها التى تسمى بالمحاكم المصرية ، واذا أطلق هذا الاسم وجب أن ينصرف اليها دون غيرها . على أن اسم « المحاكم المصرية » رمز فيه تفاؤل بالمستقبل ، فسيأتى اليوم الذى تندمج فيه كل هذه المحاكم الاستثنائية فى «المحاكم المصرية» ، فلا يبقى فى البلاد الا محاكم من نوع واحد ، نكون فى غنى بعد ذلك عن وصفها بالمصرية .

واحدة ، أن يكون لها فى المسائل الواحدة قانون واحد [1] .

فنحن اذن نعتقد أننا نعبر عن رغبة المصريين جميعا اذا قلنا ان مصر تريد ، عند مراجعة تقنينها المدنى ، أن تحصل من هذه المراجعة على تقنين كامل موحد ، يطبق على كل سكان مصر ، مسلمين أو غير مسلمين ، مصريين أو أجانب .

الأسس التى تبنى عليها المراجعة : واذ فرغنا من تقرير ذلك ، ننتقل الى بيان الاسس والمصادر التى يبنى عليها التنقيح المرجو ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع . فنبين أولا ما يحسن اتباعه من الاجراءات للقيام بهـذا التنقيح ، وعلى أى أسلوب تشريعى يكون . ثم نبين بعد ذلك ما تجب مراعاته عند النظر فى التنقيح موضوعا ، ومن أى المصادر القانونية نستمد ما نريد ادخاله من التعديلات على تشريعنا الحاضر .

أولا . الأسس التى تبنى عليها التنقيح من حيث الشكل

١ . استعراض القواعد العامة فى الصياغة التشريعية

صناعة التقنين : التشريع فن له قواعـده وأصوله ، فلا يجوز أن نغفل أصول هذا الفن عند القيام بعمل تشريعى خطير كتنقيح التقنين المدنى . وقد كانت الصنعة التشريعية الهاما قبل أن تستقر فنا . وكان كل مشرع ومقنن يستلهم قسطا من هذا الفن الخفى يصطنعه فى تشريعه وتقنينه ، ويفعل ذلك دون شعور منه ، شأن كل فن فى مبدأه ، قبل أن ترسم له قواعده ، وتمهد خططه وسبله . ثم بدأ فن التشريع فى العصر الحاضر يقوم على أسس ممهدة وقواعد مرسومة .

---

(١) ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بأنه اذا وحد التقنين الأهلى المختلط ، وأريد بعد ذلك تعديل هذا التقنين ، وجب الرجوع الى الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، فان هذه الجمعية يرجع اليها الآن فى كل تشريع يراد سريانه على الأجانب ، فلا فرق اذن بين العهدين . على أنه يجب أن يحصر تدخل الجمعية التشريعية ، فى العهد الجديد ، فى حدود ضيقة جدا ، كما تقرر ذلك فى المفاوضات التى دارت بين مصر وانجلترا .

وللأستاذ جنى (Geny) فضل كبير فى تمييز الصياغة عن العلم فى القانون . فقد بين ذلك بوضوح فى مقال له نشر فى كتاب العيد المئينى للقانون المدنى الفرنسى [1] ، ثم فى محاضرة ألقاها بمدرسة العلوم الاجتماعية بباريس سنة ١٩١٠ [2] ، ثم فى كتاب له يعد من أجل المؤلفات القانونية وأعظمها خطرا ، أسماه « العلم والصياغة فى القانون الخاص [3] » .

وأصبح من الثابت أن مهمة القانون الأساسية هى الصياغة الفنية للقواعد العلمية التى تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة ، فتوضع هذه القواعد فى القالب القانونى الملائم . وليس القانون صناعة واحدة ، بل هو صناعات متعددة ، فهناك صناعة القضاء (technique jurisprudentielle) ، وصناعة الفقه (technique doctrinaire) ، وصناعة التشريع (technique législative) ، وصناعة التقنين (technique de la codification) . وهذه الصناعة الأخيرة هى التى يعنينا أمرها ، ويهمنا أن نتعرف على قواعدها الأساسية ، حتى نستفيد من ذلك عند تنقيح التقنين المدنى . وقد كتب كثير من الفقهاء يبسطون أصول هذه الصناعة وأوضاعها [4] . ونستعرض هنا فكرة عامة عن

---

(١) الجزء الثانى ص ٩٨٩ — ١٠٣٨ .

(٢) وقد نشرت هذه المحاضرة ، مع محاضرات أخرى لبعض الأساتذة ، فى كتاب « طرق البحث القانونى » باريس سنة ١٩١١ ص ١٧٣ — ص ١٩٦ .

(٣) Science et Technique en droit privé positif. وهو فى أربعة أجزاء (باريس سنة ١٩١٤ — سنة ١٩٢٤) .

(٤) وقد بدأ الفيلسوف الانجليزى بيكون (Bacon) والفيلسوف الفرنسى مونتسكيو Montesquieu يتكلمان فى بعض مسائل هذه الصناعة بشىء من عدم التحديد والدقة . ثم أتى بنتام (Bentham) فبحث مسائل التقنين بحثا مفصلا . وتناول سافينى واهرنج موضوع الصناعة فى القانون ، وبحثه الفقيه الثانى فى كتابه « روح القانون الرومانى » بحثا دقيقا (أنظر أيضا روسيه Rousset فى صياغة التشريعات المقننة فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ — سنة ١٨٥٨) . وممن بحث صناعة التقنين من الفقهاء المعاصرين — عدا جنى (Gény) فى مؤلفاته المشار اليها — روجان (Roguin) فى مجموعة جامعة لوزان بمناسبة المعرض الوطنى السويسرى =

هذه الأصول ، حتى نستطيع تطبيقها ، لا عن مجرد استلهام ، بل عن شعور بهـا ودراية .

فصناعة التقنين يمكن النظر اليها من ناحيتين : ناحية الاجراءات وناحيـة المادة التشريعية . والناحية الأولى هى ما يسمونها بالناحية الخارجية (côté externe) ، والناحية الأخرى هى الناحية الداخلية (côté interne) .

الناحية الخارجية من هذه الصناعة : فالناحية الخارجية تعنى بتحديد أفضل السبل التى تتبع فى اجراءات التقنين ، وهل تـكون الاجراءات التشريعية المعتادة ، أم اجراءات أخرى خاصة بالتقنين تكون أكثر اتفاقا مع طبيعة هـذا العمل المعقد .

وقد اتفق العلماء الذين عنوا بهذه المسألة على أن الاجراءات التى تتبـع فى التشريع التفصيلى ليست صالحة للتقنين الشامل . فان ترك الأمر فى التقنين الى هيئة سياسية كالبرلمان ليس من شأنه أن يوجد تقنينا صالحا موافقا لأصول الفن . فان رجال البرلمان رجال سياسيون قبل كل شىء ، وتنقصهم عادة الخبرة اللازمة فى عمل فنى خطير كالتقنين . هذا الى أن كثرة عددهم موجب للبطء فى الاجراءات . وقد نظمت لوائحهم الداخلية طبقا لطبيعة المناقشة فى المسائل السياسية أو الاجتماعية ، أما المسائل الفنية فلا فسحة فى هذه اللوائح لمناقشتها مناقشة جدية مثمرة . فيخرج التقنين مفكك الأجزاء ، وقد قال كل عضو فيه كلمته . والتقنين مجموع لا يتجزأ ، يجب أن يسوده الانسجام والتناسق ، فاذا عدل فى ناحية كان لهذا أثره فى النواحى الأخرى ، وهذا ما يغفل عنه عادة رجال البرلمان ، فيخرج التقنين متناقضا غير متماسك ولا منسجم .

ـــ سنة ١٨٩٦ ص ٧٣ — ص ١٣٤ ، ديموج فى كتابه « المبادىء الرئيسية فى القانون الخاص » (باريس سنة ١٩١١) ومسكو (Viocsco) : « بحث فى الصناعة القانونية » (رسالة من باريس سنة ١٩١١) ، وتيسييه (Tissier) : الصياغة الفنية للقانون الخاص (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٣) ، وساباتييه (Sabatier) «فن عمل القوانين» (سنة ١٩٢٧) ، وانجلسكو (Angelesco) : الصناعة التشريعية فى التقنين المدنى (رسالة من باريس سنة ١٩٣٠) .

فيجب اذن أن يكون للتقنين اجراءات خاصة تراعى فيها طبيعة هذا العمل وما يقتضيه من دقة فنية . ويستخلص من تجارب الأمم المختلفة التى قامت بتقنين تشريعاتها فى العصر الأخير أن هذه الأجراءات الخاصة تقوم على أسس ثلاثة : (١) تشكيل لجنة فنية يعهد اليها بوضع مشروع التقنين ، (٢) تنظيم طريقة منتجة لاستقاء ما يلزم من المعلومات ولأجراء استفتاءات واسعة النطاق ، (٣) ادخال تعديلات جوهرية فى الاجراءات البرلمانية عند نظر البرلمان لمشروع التقنين .

أما اللجنة التى يعهد اليها بوضع مشروع التقنين ، فيجب أن يكون عدد أعضائها محدودا ، حتى يكون عملها متناسقا ، تتمشى فيه روح الوحدة والانسجام . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم أن فوضت الى شخص واحد وضع مشروع التقنين ابتداء ، على أن تناقشه بعد تحضيره لجنة عدد أعضائها قليل ، كما فعلت سويسرا فى تقنينها . على أن شخصا واحدا قد ينوء به العمل الموكول اليه ، فالتقنين متشعب معقد ، وهو يقتضى كفايات متنوعة ، والشخص الذى يجمع هذه الكفايات كلها نادر الوجود . فالأفضل اذن أن يعهد بالأمر الى لجنة قليلة العدد ، يراعى فى تشكيلها أن تكون متوافرة على عنصرين ، عنصر دائم هو العنصر الفنى ، وعنصر غير دائم هو العنصر العملى . أما العنصر الفنى فيمثله المشتغلون بالقانون فقها وعملا كالأساتذة والقضاة والمحامين . والعنصر العملى غير الدائم يختار عادة من دوائر الأعمال الممثلة لنشاط البلد الاقتصادى ، يبدون آراءهم فى الأسس الاقتصادية التى يقوم عليها التقنين . ووجود هذا العنصر ضرورى ، حتى يكون التقنين متمشيا مع الروح العملية السائدة . وقد أدركت بعض الأمم ضرورة وجود هذا العنصر بصفة دائمة الى جانب البرلمان . فنص دستور ويمار فى ألمانيا على انشاء مجلس اقتصادى دائم للامبراطورية . وكذلك فعلت ايطاليا فى نظامها الفاشيستى ، ونحت فرنسا هذا المنحى بانشاء مجلس وطنى اقتصادى . وقد رأينا أن الألمان عند ما وضعوا تقنينهم المدنى ضموا الى اللجنة الثانية التى عهد اليها بمراجعة المشروع الأول ثلاثة عشر عضوا غير دائمين من رجال الاقتصاد والسياسة . ويحسن أن

يندمج فى هذه الهيئة غير الدائمة أعضاء من رجال البرلمان ، يكونون حلقة اتصال بين البرلمان واللجنة . ثم تنقسم اللجنة الرئيسية الى لجان فرعية ، كل لجنة تقوم بكتابة النصوص فى جزء من أجزاء التقنين . والأفضل أن يكون القائمون بكتابة النصوص القانونية أفرادا قليلين جدا ، حتى تتمشى روح واحدة فى مجموع التقنين . وتراجع اللجنة الرئيسية بعد ذلك أعمال اللجان الفرعية حتى تحقق فيها الوحدة والتناسق .

ويجب أن يساعد اللجنة فى عملها هيئة منظمة ، تقوم (أولا) باستقاء المعلومات اللازمة وجمعها وترتيبها . فان اللجنة فى حاجة الى كثير من الاحصائيات فى المسائل الاجتماعية والاقتصادية الكبرى . وهى فى حاجة كذلك الى معرفة حالة القضاء فى المسائل التى تعرض لها وتريد أن تستأنس فيها بقضاء المحاكم وما جرى عليه العمل . وهى فى حاجة أيضا الى الاحاطة بالتشريعات الأجنبية المختلفة والوثائق المتعلقة بها . وتحتاج ، عدا ذلك ، الى عمل تحقيقات دقيقة فى مسائل لا تستطيع البت فيها الا فى ضوء هذه التحقيقات . وتقوم هذه الهيئة المنظمة (ثانيا) باجراء الاستفتاء اللازم للتقنين ، فان التقنينات الحديثة تقوم على الاستفتاء . ذلك لأن عمل اللجنة الموكول اليها وضع مشروع التقنين لا يمكن أن يكون كاملا من كل الوجوه ، مهما عنيت به وحرصت على أن تتقنه ، فان عدد أعضاء اللجنة محدود ، ويجب أن يكون محدودا كما قدمنا . فتبقى هيئات كثيرة لا ممثل لها . وتقصى كثير من الكفايات ، فلا تستطيع الاشتراك فى العمل . فيجب اذن دعوة هذه الهيئات والكفايات الى المساهمة فى وضع مشروع التقنين من طريق الاستفتاء . وقد قام الفرنسيون فى تقنينهم باستفتاء المحاكم فى سنة ١٨٠١ ، فشكلت هذه لجانا لدرس مشروع التقنين المعروض عليها . وفعلت ايطاليا ذلك ، فعقدت لجانا متعددة من رجال القانون لاستفتائهم فى مشروع تقنينها المدنى فى سنة ١٨٦٢ . وعمدت ألمانيا وسويسرا الى طرق واسعة النطاق من الاستفتاء فى دوائر رجال القانون ورجال الأعمال ، كان لها أثر كبير فى تعديل المشروعات الأولى التى وضعت قبل هذا الاستفتاء ، وقد أسلفنا الاشارة الى

ذلك . فيمكن القول اذن ان الاستفتاء أصبح ركنا من أركان اجراءات التقنين فى العصر الحاضر ..

فاذا حضرت اللجنة مشروع التقنين قائما على أسس صحيحة ، أحيل هذا المشروع على الهيئة التشريعية . وهنا يجب ادخال تعديل جوهرى فى اجراءات هذه الهيئة . فلا تجوز مناقشة نصوص التقنين نصا نصا ، بل يجب اعتبار المشروع وحدة لا تتجزأ ، فلا يدخل فيه شىء من التعديل . أو اذا رأى البرلمان محلا للتعديل ، فان الأمر يعود الى اللجنة ، لتقوم هى بصياغة التعديل المطلوب ، وادخاله فى المشروع ، بحيث لا يخل بتناسقه ووحدته . وهذه الاجراءات الخاصة يمكن الاتفاق عليها مع البرلمان ، كما فعلت ألمانيا عند ما اتفقت مع الأحزاب السياسية على قصر المناقشة على المسائل ذات الصبغة السياسية أو الاجتماعية دون التعرض للمسائل الفنية . وقد فعلت اسبانيا فى سنة ١٨٨٠ فى تقنينها المدنى ما هو أبلغ من ذلك ، فقد اقتصر البرلمان على اقرار المبادىء العامة للتقنين وفوض الى لجنة فنية صياغة النصوص وفقا لهذه المبادىء .

الناحية الداخلية من هذه الصناعة : واذا انتقلنا فى صناعة التقنين من الناحية الخارجية الى الناحية الداخلية ، فان هناك كثيرا من المسائل تستحق البحث فى هذه الناحية .

وأول هذه المسائل هو تبويب التقنين . وأول صفة ضرورية فى التبويب هو أن يكون منطقيا متماسكا . والتبويب المنطقى يعين كثيرا على تفهم التقنين والاحاطة به ، ويجعل البحث فيه يسيرا . على أن التقنين يتطلب تبويبا منطقيا غير الترتيب العلمى لكتب الفقه . فمقتضيات التقنين غير مقتضيات النظريات الفقهية . وخير تبويب للتقنين هو ما كان منطقيا عمليا فى وقت واحد . فينقسم التقنين الى أبواب وفصول تبين بنوع خاص الأهمية العملية للأحكام القانونية ، وتخفى ما كان من هذه الأحكام نظريا فقهيا ، بشرط أن ترتبط هذه الأبواب والفصول بعضها بالبعض الآخر ارتباطا منطقيا محكما . ويحسن أن يكون هناك

باب فى التقنين يتقدم كل الأبواب ، ويكون متعلقا بالأحكام العامة التى تتمشى على جميع نواحى القانون ، وليس لها مكان فى باب معين ، على ألا يصاغ هـذا الباب صياغة فقهية ، بل تتوخى فيه الناحية العملية [١] . ويلاحظ أن تبويب التقنين يعتبر جزءا من أحكامه ، فقد توجد نصوص لا تفسر تفسيرا واضحا الا بعد ملاحظة الباب الذى وردت فيه [٢] .

وقد ألفت بعض التقنينات الحديثة ، كالتقنين السويسرى ، وضع ملخص للنصوص فى هوامشها وتعتبر هذه الملخصات جزءا من التقنين ، يعين على تفهم نصوصه ، ويعطى خلاصة واضحة للمعنى المراد منها ، ويسهل على الباحث العثور على ما يريده من الأحكام القانونية .

ثم هناك الروح العامة التى تسيطر على التقنين . ويمكن القول اجمالا ان التقنين الصالح يمتاز بشيئين : (أولا) تغلب الروح العملية فيه على الروح الفقهية ، فان الغرض من التقنين هو أن يجعل الأحـكام القانونية فى متناول الجميع ، جمهور الناس قبل فقهائهم . ويجب على المقنن أن يتجنب تعزيز أحكامه بذكر الأسباب التى دعت اليها ، أو بايراد الأدلة على صحتها ، أو بسياق أمثلة توضح هذه الأحكام ، فكل هذا من عمل الفقه لا من عمل التشريع . واذا كان لا بد أن يذكر شىء من هـذا ، فيترك للأعمال التحضيرية وللمذكرات التفسيرية التى ترفق عادة بالتقنين ، وتبقى منفصلة عنه . وتتغلب الروح العملية

---

(١) وقد أحسن واضعو التقنين المدنى الفرنسى صنعا بحذفهم ما كان قد تضمنه مشروع هذا التقنين فى مقدمته من مبادىء نظرية .

(٢) وقد كان من حجج الفقهاء المصريين ، الذين قالوا بأن مبدأ الشريعة الاسلامية ، القاضى بأن لا تركة الا بعد سداد الديون ، يطبق فى القانون المصرى على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الوارث ، أن المشرع المصرى نص على وجوب اتباع قانون الأحوال الشخصية فى الميراث فى الباب الذى تكلم فيه على أسباب انتقال الملكية ، فتتبع أحكام الشريعة الاسلامية فى الميراث ، من حيث انه سبب لانتقال الملكية ، ولا يقتصر الأمر فى اتباع هذه الأحكام على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم .

أيضا اذا تجنب المقنن الصيغ الفقهية والتعميمات المجردة والنظريات العامة ، فلا يذكر شيئا من ذلك دون مقتض يسوغه ، ولا يجوز المقنن مثلا أن يصرح بانضمامه للمذهب المادى أو للمذهب الشخصى فى الالتزام ، أو لمذهب الارادة الباطنة أو مذهب الارادة الظاهرة فى العقد ، بل يترك ذلك للفقه يستخلص ضمنا من مجموع النصوص . وتتغلب الروح العملية على الروح الفقهية أخيرا اذا تجنب المشرع ايراد التعاريف والتقسيمات ، فيحسن به مثلا أن يتكلم فى الالتزام وفى العقد دون أن يعرف أيا منهما ، وأن يورد مصادر الالتزام دون أن يتعرض لتقسيمها وترتيبها ، فمحل ذلك هو الفقه . وذكره فى التشريع لا فائدة منه ، بل فيه ضرر كبير ، فان هذه التعاريف والتقسيمات ، اذا أقرها المشرع فى نصوصه ، تجمد جمودا لا يتفق مع تطور النظم القانونية ، ويقاسى الفقيه عناء كبيرا من جمودها ، وينفق جهدا عظيما فى الحيلة والتلطف حتى يتخلص من هذا الجمود . يجب أن يتجنب المشرع كل هذا ، فان مهمته هى أن يضع قواعد عملية ، لا أن يبسط نظريات فقهية . وقد قيل : « ان القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم ، وهو فى غير حاجة للاقناع »[1] . — والشىء الثانى الذى يمتاز به التقنين الصالح هو ألا يحاول الاحاطة بكل شىء ، فان هذه المحاولة عقيمة . ولا يستطيع المقنن ، مهما كان بصيرا بالأمور ، أن يتنبأ بكل أمر ليضع له الحكم الذى يقتضيه ، فهو عاجز عن ذلك لا محالة . بل هو عاجز ، فى الأمور التى يعرفها ، أن يضع لها أحكاما صالحة لكل زمان ومكان . والمشرع الحكيم هو الذى يترك مجالا فسيحا لتطور القانون ، فلا يحكم عليه بالجمود بحبسه فى ألفاظ محدودة وأحكام معينة . وخير طريق يسلكه هو أن يترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاء . بل يجب أيضا أن يترك كثيرا من المسائل الرئيسية ، دون أن يتخذ فيها موقفا خاصا ، ما دامت من المسائل التى لم يستقر تطورها ، وما دامت

---

(١) La loi commande ; elle n'est pas faite pour instruire ; elle n'a pas besoin de convaincre.

الحاجة العملية لا تدعو الى أن يعرض لها بشىء . والمشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف ، دون أن يذهب فى ذلك الى حد الغموض وعدم الدقة . وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هى أن يعدل المشرع ، فى المسائل التى تكون سريعة التطور ، عن القواعد الجامدة الضيقة الى المعايير المرنة الواسعة : معايير يسترشد بها القاضى دون أن يتقيد ، ويطبقها على الأقضية التى تعرض له ، فيصل من ذلك الى حلول تختلف باختلاف كل قضية ، وما يحيطها من ملابسات . وخير مثل لتقنين لم يحاول أن يحيط بكل شىء هو التقنين السويسرى ، فقد أكثر من استعمال المعايير المرنة ، وترك مجالا واسعا للفقه والقضاء يفسران القانون بما تقتضيه الظروف .

وهناك أيضا أسلوب التقنين . وخير أسلوب هو الذى يتجنب التكرار ويتنزه عن التناقض . ومع ذلك يجوز أن تتكرر القاعدة القانونية فى مواضع مختلفة من التقنين ، بشرط أن يكون تكرارها مفيدا ، ولعلة مفهومة . كما اذا قرر المشرع قاعدة عامة ، ثم عرض الى تطبيقها فى حالة خاصة . فقد يكون هذا التطبيق التشريعى مفيدا بل ضروريا ، اذ قد يختلف الناس فى تطبيق هذه القاعدة ، فيحسم التطبيق التشريعى كل خلاف . والنصوص التى يوردها المشرع ضروب مختلفة . منها النصوص الآمرة ، وهذه يجب أن تكون فى أسلوب جازم قاطع . ومنها النصوص المفسرة ، والنصوص المبيحة ، وهذه يكون أسلوبها مرنا رخوا يتفق مع الغرض الذى وضعت من أجله . وقد بلغ الأمر ، فى وجوب التمييز فى الأسلوب بين هذه الأنواع المختلفة من النصوص ، أن طلب « مجلس الدولة » ، عند وضع التقنين الفرنسى ، أن يكون أسلوب النصوص الآمرة بصيغة المستقبل ، وأسلوب النصوص المبيحة والمفسرة بصيغة الحاضر . ثم ان للمشرع أساليب خاصة فى استعمال القرائن القانونية والفروض ونحوها ، مما يعين كثيرا على حل المسائل المعقدة ، ويعطى الأحكام القانونية شيئا من الثبات والاستقرار . ويختلف أسلوب التقنين أيضا طبقا لما اذا أكثر المشرع أو أقل فى الاحالة من نص الى نص . وقد تكون هذه الاحالة ضرورية فى بعض المواضع . ولكن الاكثار من

الاحالة يجعل القانون غامضا معقدا . مثل ذلك التقنين الألمانى ، أكثر المشرع الاحالة فيه من نص الى آخر ، ثم من هذا النص الثانى الى نص ثالث ، حتى أصبح لغزا يقتضى كثيرا من الجهد لحله . هذا الى أن الاحالة قد تكون ناقصة ، فقد لا يستوعب المشرع كل النصوص التى تجب الاحالة اليها . أما المشرع السويسرى فقد قلل من الاحالة بقدر المستطاع ، فاذا ما اضطر اليها أشار الى النص الذى يريد الاحالة اليه ، لا برقم المادة التى تحتوى هذا النص ، بل بذكر ملخص النص فى عبارة واضحة . وهذا مثل طيب يحتذى فى التقنين .

وهنالك أخيرا لغة التقنين . وهذه يجب أن تكون واضحة دقيقة . فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما . وقد امتاز التقنين الألمانى بدقة لفظه فى غير وضوح . وامتاز التقنين الفرنسى بوضوحه فى غير دقة . والتقنين الذى يجمع بين الدقة والوضوح هو التقنين السويسرى ، وكذلك المشروع الفرنسى الايطالى . ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به ، يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى . وقد درج الانجليز فى تشريعاتهم على ايراد تعريف للألفاظ التى ترد فى التشريع ، لتحديد معناها . ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله فى عبارات مختلفة كما أنه اذا عبر عن معنى بلفظ معين ، وجب ألا يتغير هذا اللفظ ، اذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى . ولا يتنافى أن تكون لغة التقنين فنية مع أن تكون بسيطة تنزل الى مستوى فهم الجمهور .

ب . ما يتبع من الاجراءات فى تنقيح التقنين المصرى

مقترحات عملية فى هذا الموضوع : الآن وقد استعرضنا المبادىء الرئيسية فى صناعة التقنين ، نتولى تطبيق هذه المبادىء على حالتنا الخاصة عند تنقيح التقنين المصرى . ونحن نذكر هنا بعض مقترحات عملية ، يصح أن تكون أساسا للاجراءات التى يجب اتخاذها فى هذا التنقيح . واذا كنا قد انسقنا الى ذكر شىء من ذلك ، فلرغبتنا فى أن يؤدى بحثنا الغرض العملى الذى قصدنا اليه .

ونحصر مقترحاتنا فى النقط الآتية :

(١) نرى أن يوكل تنقيح تقنيننا الى لجنة خاصة ، تؤلف من عدد لا يزيد على العشرين من الرجال الفنيين ، ينتخبون من بين القضاة والمحامين والأساتذة ورجال أقلام القضايا وغيرهم من المشتغلين بالقانون . ويكون من بينهم عدد من قضاة المحاكم المختلطة ورجال القانون الأجانب ، وكذلك بعض رجال الشريعة الاسلامية من قضاة وفقهاء ، وبعض رجال الطوائف المصرية غير الاسلامية . وقد راعينا فى تشكيل اللجنة على هذا النحو أننا نريد تقنيننا كاملا فى الأحوال الشخصية والمعاملات ، موحدا يطبق على المصريين والأجانب .

والى جانب هؤلاء الأعضاء الدائمين ، يعين أعضاء غير دائمين ، يعملون عند الحاجة اليهم ، وينتخبون من دوائر الأعمال المختلفة ، ويمثلون الزراعة والتجارة والصناعة والمال ومختلف نواحي النشاط الاقتصادى ، ويضم اليهم عدد من الشيوخ والنواب .

(٢) تبدأ هذه اللجنة عملها بوضع الأسس العامة للتقنين الجديد . فترسم المبادىء الاقتصادية والاجتماعية التى تبنى عليها عملها . فتقرر مثلا على أى أساس تقوم الملكية ، والقيود التى تحددها ، وكيف تحمى الملكية المعنوية ، والوسائل التى تتخذ لجعل نظام الوقف أكثر مرونة مما هو عليه الآن ، والأسس التى يقوم عليها التشريع الخاص بالعمل وبالمسئولية التقصيرية وبالعقود ، وطرق اشهار الحقوق العينية ، ثم نظام تعدد الزوجات ، والطلاق ، والعدة ، وثبوت النسب ، وغير ذلك .

وتعرض هذه الأسس للاستفتاء العام على دوائر الأعمال المصرية والأجنبية ، وعلى الهيئات العلمية والاجتماعية المختلفة . وتنظم الاستفتاء سكرتارية تقوم أيضا باستقاء المعلومات وجمع الوثائق وعمل التحقيقات اللازمة . ويتبع فى تنظيم الاستفتاء طرق منتجة حتى يكون مجديا ، كأن تشكل الهيئات التى تستفتى لجانا تكلف بدراسة ما تستفتى فيه وتقديم تقارير بنتيجة هذه الدراسة ، وكأن تلجأ اللجنة الى المجلات العلمية والصحف تستثير فيها اهتمام الجمهور .

ثم تعود اللجنة الى مراجعة ما وضعته من الأسس فى ضوء نتائج الاستفتاء العام .

(٣) تحول هذه الأسس الى البرلمان ، لمناقشتها واقرارها .

(٤) تعود اللجنة ، بأعضائها الفنيين الدائمين دون غيرهم ، الى العمل . فتنشىء مكتبا فنيا من ثلاثة أعضاء ، يقوم بوضع مشروع لتبويب مفصل التقنين ، يراعى فيه ما تقدم بسطه عند الكلام على التبويب الصالح [1] ، و يعرض هذا المشروع على اللجنة العامة لمناقشته واقراره .

(٥) تنقسم اللجنة العامة بعد ذلك الى لجنتين رئيسيتين ، أحداها تتولى

---

(١) سبق أن انتقدنا تبويب التقنين المصرى . وقد حللنا عيوبه الكثيرة على أن نشير بالمعدول عنه . لا سيما أننا نريد تقنيننا الجديد تقنينا كاملا يشمل كل موضوعات القانون المدنى ، من أحوال شخصية ومعاملات . وقد استعرضنا فيما تقدم تبويب التقنينات الحديثة . ومن السهل أن نستخلص منها لتقنيننا الجديد تبويبا منطقيا عمليا ، نكتفى ببسط أساسه فيما يأتى :

يكون للتقنين قسم عام ، يعتبر مقدمة له . تبسط فيه أحكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة للزمان والمكان وللأشخاص ، وبالقواعد العامة فى تفسير القانون واستعانة القاضى بمبادىء العدالة فى ذلك ، وبنظرية سوء استعمال الحق ، وبعدم جواز التحايل على القانون (قارن المادة ٥ من المشروع البولونى) .

ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى أقسام ثلاثة : قسم لقانون الأسرة ، وآخر لقانون المعاملات ، وثالث لاثبات الوقائع القانونية وطرق الاشهار (وقد جعلنا طرق الاثبات والاشهار قسما مستقلا ، لأنها تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، وتشمل المعاملات والأحوال الشخصية) .

أما قانون الاسرة فيشتمل على كتب ثلاثة : فى الأشخاص (الطبيعية والمعنوية أو الجمعيات والمنشآت) والروابط الشخصية للأسرة (الزواج والنسب) وروابطها المالية (الميراث والهبة والوصية والوقف) .

وقانون المعاملات يتضمن كتبا أربعة : الأموال وأنواعها المختلفة ، والحقوق العينية ، ونظرية الالتزامات والعقود المعينة ، والتأمينات .

ويشمل القسم الثالث كتابين ، أولها فى طرق اثبات الوقائع المادية والأعمال القانونية ، والثانى فى طرق الاشهار .

كتابة النصوص المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية ، ويراعى فى تشكيلها أن تكون أغلبية أعضائها من رجال الشريعة الاسلامية ورجال الطوائف غير الاسلامية . والثانية تتولى كتابة النصوص المتعلقة بالأحكام الأخرى ، ويراعى فى تشكيلها أن يمثل فيها العنصر الأجنبي تمثيلا كافيا .

وتشكل كل لجنة رئيسية من بين أعضائها لجانا فرعية يوزع بينها العمل ، بحيث يكون فى كل لجنة عضو تتوافر فيه الكفاية اللازمة لكتابة النصوص التشريعية . فيراعى فى كتابتها أصول صناعة التقنين ، ويستهدى فى عمله بالأسس العامة التى سبق اقرارها من البرلمان ، ويستمد الأحكام من المصادر التى سنشير اليها فيما يلى . ثم تجتمع كل لجنة رئيسية لمناقشة هذه النصوص واقرارها .

وتحول بعد ذلك نصوص المشروع كاملة الى المكتب الفنى الذى أعد تبويب التقنين ، ليحقق الوحدة والتناسق بين أجزائه موضوعا وشكلا ومن حيث الأسلوب واللغة . ويعد تقريرا رئيسيا عن المشروع يكون أساسا للأعمال التحضيرية .

ويعرض المشروع بعد ذلك للاستفتاء العام ، على النحو الذى سبق فى الاستفتاء الأول . ثم تراجعه اللجنة العامة مراجعة نهائية فى ضوء هذا الاستفتاء الجديد .

(٦) يحول المشروع بعد ذلك الى البرلمان . وتقتصر المناقشة على المسائل العامة فى المشروع دون تعرض للتفصيلات . ويؤخذ الرأى على المشروع جملة واحدة . واذا رأى أحد المجلسين ضرورة ادخال أى تعديل ، أحيل الأمر على اللجنة لتقوم بذلك . ومما يجدر ذكره أن اقرار البرلمان للمشروع يصبح أمرا سهلا ، بعد أن تمت موافقته على الأسس العامة التى بنى عليها فى المرحلة الأولى من هذه الاجراءات .

(٧) يجمع فى كتاب : (ا) محاضر جلسات اللجنة العامة واللجنتين الرئيسيتين واللجان الفرعية والمكتب الفنى ، (ب) تفاصيل الاستفتاءين اللذين

أجريا ، (ج) التقرير الرئيسى الذى وضعه المكتب الفنى ، (د) محاضر مجلس الشيوخ والنواب فى مناقشته الأولى للأسس العامة وفى مناقشته الثانية للمشروع الكامل .

ويكون كل هذا هو مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين .

(٨) يكون وضع مشروع التقنين باللغة العربية . وبعد أن يصبح قانونا يترجم الى اللغة الفرنسية ترجمة دقيقة . وتترجم الأعمال التحضيرية كذلك . وبذلك تكون اللغة العربية هى اللغة الأصلية والرسمية للتقنين .

ثانيا : المصادر التى يستمد منها التنقيح من حيث الموضوع

بيان هذه المصادر : أما من حيث الموضوع فنرى أن يكون التقنين مستمدا من مصادر ثلاثة : تجاربنا الخاصة ، وتجارب غيرنا من الأمم ، وتقاليدنا الماضية فى القانون . فتستهدى اللجنة التى يوكل اليها أمر التنقيح (أولا) بالقضاء المصرى فى مدى نصف قرن ، فهو المرشد العملى للمشرع . (ثانيا) بالتقنينات الحديثة ، وما يمكن أن يستخلص من دروسها النافعة . (ثالثا) بالشريعة الاسلامية ، وكانت شريعة البلد قبل دخول التشريع الحاضر ، ولا تزال شريعته فى نواح مختلفة . وقد اقتبس التقنين المصرى الحالى شيئا من أحكامها ، ولا يزال يستطيع أن يقتبس منها الشىء الكثير .

١ . القضاء المصرى

أهمية القضاء المصرى : القضاء هو الذى يطبق نصوص التقنين كل يوم فيصلح بهذا التطبيق كثيرا من عيوبها . يكمل الناقص ، ويوضح المبهم ، ويحدد قيمة كل نص عند تطبيقه العملى . ومهما كان المشرع حازما حكيما دقيقا فى عمله ، فان بعض نصوصه التشريعية لا تعدو أن تكون مغرقة فى التوسع أو قاصرة فى الضيق . وهى لا تستقر ، وتصبح ملاءمة للروابط التى وضعت لتنظيمها الا .

بالتطبيق . فهى ، كما يقول الأستاذ فان اكر (Van Ackers) فى محاضرة قيمة [1] ، كاللباس الجاهز ، لا يتناسب مع الجسم الا بطول الاستعمال .

وقد كانت مهمة قضائنا المصرى ، بنوع خاص ، شاقة عسيرة . اذ كان مطلوبا منه أن « يمصر » قانونا أجنبيا أدخل فى البلاد بين يوم وليلة [2] . فقام بعمله فى كثير من اللباقة والمهارة . لذلك نستطيع أن نستخلص من هذا القضاء ، عند مراجعة تقنيننا ، كثيرا من الدروس النافعة ، لا يجوز أن نغفل عنها . فهى مستمدة من تجاربنا الخاصة ومن حياتنا اليومية . فنحن واثقون اذن أنها تتلاءم مع ظروفنا ، وتتمشى مع حالتنا [3] .

ومن المفيد أن نورد هنا أمثلة تبين كيف نستطيع أن نستفيد من قضائنا . فهناك موضوعات مقتضبة أكملها القضاء ، كالملكية فى الشيوع وحقوق الارتفاق والاشتراط لمصلحة الغير والتأمين والشخصيات المعنوية . ويقرب من هذا

(١) أنظر مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٨٥ . ويبين الأستاذ فى هذا المقال أهمية رجوع المشرع الى أحكام القضاء فى التنقيح التشريعى (أنظر بنوع خاص ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ و ص ٢٩٦) . أنظر أيضا فى نفس الموضوع مقالا للأستاذ مسينا فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٨١ — ٢٨٣ .

(٢) على أنه يمكن القول ان التشريع الفرنسى لم يدخل فى البلاد طفرة واحدة ، كما يظهر ذلك لأول وهلة . فقد كان القانون التجارى الفرنسى يطبق فى مصر قبل صدور التقنينات الحاضرة ، كما سبقت الاشارة الى ذلك . هذا الى أنه بمقتضى الامتيازات الأجنبية ، كانت القنصليات تطبق قوانينها ومنها القانون الفرنسى وقوانين كثيرة أخرى مأخوذة منه (أنظر فى هذا الموضوع مسينا فى شرح القانون المدنى المختلط جزء ١ بند ٧ وما بعدها) .

(٣) ومن المفيد أيضا أن نرجع الى التوثيقات القانونية ، وما جرت عليه الناس فى معاملاتهم ، وما اعتادوه من الوسائل لتنفيذ أحكام القانون ، بل والهرب من هذه الأحكام فى بعض الأحيان . فتحايل الناس على حكم قانونى (Cantable) ومضيهم فى ذلك دليل على فساد هذا الحكم ، فأولى بالمشرع اعادة النظر فيه عند تنقيح تشريعه .

ولا شك أن هناك كثيرا من الدروس النافعة يمكن استخلاصها من الوثقيات وعقود التأمين وعقود الشركات المختلفة وعقود الايجار وغير ذلك مما جرى به العمل واستقر عليه العرف .

موضوعات تقسمتها الشريعة الاسلامية والتقنين المدنى ، فمزجهما القضاء معا وأخرج منهما نظاما متناسقا عمليا ، كالوقف والميراث والوصية والهبة . وهناك أحكام جديدة ابتكرها القضاء ، كالشرط الجزائى والوصية فى صورة البيع وأهلية المحجور عليه قبل الحجر والمسئولية عن الأشياء والملكية الفنية والأدبية والصناعية .

أمدنا القضاء فى كل هذا بأحكام جديرة بالبحث والتمحيص ، لندمج منها الصالح فى تقنيننا الجديد .

وها نحن نذكر بعضا من هذه الأحكام ، ولا نقصد بذلك دراسة القضاء المصرى ، فهذا خارج عن نطاق بحثنا . وانما نورد بعض الأمثلة لنتدلل بها على أهمية الرجوع الى القضاء فى تنقيح التقنين .

الملكية الشائعة : لا يكاد الباحث يجد نصا تشريعيا فى هذا النوع من الملكية ، مع أهميته وانتشاره فى مصر . والنصوص القليلة المتصلة بهذا الموضوع يجب أن تتلمسها فى أماكن ليست مظنة لوجودها فيها . نجد فى الفصل الخاص بالقسمة ، وقد أدمج فى باب الشركات ، بعض النصوص المتعلقة بقسمة المال الشائع . ثم نجد فى قانون المرافعات نصا يقضى بعدم جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٦٢١/٧١١ مرافعات) ، وهذا النص قد وضع فى مكان من القانون لا يتطرق الى الذهن أن يبحث عنه فيه ، حتى ليحار الباحث من هذا الخلط فى تبويب الأحكام .

ولكن القضاء المصري تكفل بتفصيل أحكام الملكية الشائعة . ويصح أن نتخذ المبادىء التى قررها فى هذا الشأن مرشدا للمشرع عند تنقيحه التقنين . فمن هذه المبادىء حق الشريك فى أن يتصرف فى نصيبه الشائع بجميع أنواع التصرفات من بيع ورهن وغير ذلك [1] ، بشرط أن يقع تصرفه على نصيبه

---

(١) استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٢٦ .

الشائع [١] ، وحقه فى أجراء الأعمال النافعة فى الملك الشائع بطريق الوكالة الضمنية أو الفضالة [٢] ، وعدم جواز تصرفه فى جزء مفرز ، الا اذا أجازت بقية الشركاء ، أو وقع هذا الجزء المفرز فى نصيب المتصرف [٣] ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالرهن [٤] ، وقرر القضاء أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات لا يكون باطلا ، بل تنقص المدة الى خمس [٥] ، وبين القضاء الأهلى ، ومعه القضاء المختلط ، أن القسمة مقررة لا منشئة [٦] ، وهذا بالرغم من وجود نص صريح فى التقنين المختلط يقضى بأن القسمة منشئة (م ٥٥٥ قانون مدنى مختلط) . ووضع القضاء أحكاما لقسمة المهايأة [٧] . وله أحكام كثيرة فى الملكية الشائعة ، نجتزىء منها بما تقدم .

حقوق الارتفاق : وهذه حقوق أهميتها فى مصر لا تخفى . فالملكية

---

(١) بور سعيد الجزئية الاهلية فى أول أكتوبر سنة ١٩١٩ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١ .

(٣) استئناف أهلى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة ١ ص ٤ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع السنة الاولى رقم ٤٨ ص ٢٤٩ — محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية فى ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ رقم ١٠٣ ص ٢٢١ بور سعيد الأهلية الجزئية فى أول أكتوبر سنة ١٩١٦ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ — استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٣١٢ — ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٤ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٤١٧ — ١١ نوفبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٩٣ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٩٤ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ١٧ ص ١٢٤ — ٤ مايو سنه ١٩١٥ م ١٧ ص ٣١٢ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٣٠٠ .

(٥) كفر الزيات الأهلية الجزئية ١٥ ابريل سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ١٣٦ .

(٦) أسيوط الأهلية الكلية ١١ مارس سنة ١٩١٤ مجموعة ١٥ ص ٢٢٣ . استئناف مختلط ٤ ابريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ — ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩ .

(٧) استئناف أهلى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ حقوق ٦ ص ١٧٥ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٤٣ .

العقارية لا تزال أهم أنواع الثروة المصرية . وقد قرر القضاء أحكاما فى هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية .

من ذلك ما قررته محكمة الاستئناف الأهليـة من أنه يجوز الأذن لمـالك العلو ، اذا تهدم السفل ، فى أعادة بنائه على نفقة مالـكه . فـكملت بذلك حكم المادة ٣٧ من القانون المـدنى الأهلى الذى يقتصر على القضاء ببيـع السفل . وقد طبقت محكمة الاستئناف فى حكمها هذا المادة ١١٧ من القـانون المدنى التى تجيـز للدائن أن ينفـذ التزام المدين تنفيذا عينيا على نفقة هـذا المدين [١] .

كذلك قضت بعض المحا كم بأن الحائط الفاصل بين عقارين متجاورين يحكم فى ملـكيته بقواعد العدل وعادات البلد وحكم العقل ، وكل هذه تقضى بأنه عند عـدم وجود دليل على العكس يكون هذا الحائط ملـكيته مشتركة بين المالـكين للعقارين المتجاورين ، لأنه على فرض أن أحد المالـكين بناه من ماله الخـاص فهو لا يسمح لجاره أن ينتفع به دون أن يدفع له نصف قيمة مصاريفه [٢] .

وحدد القضاء كذلك ما هو المقصود بالمطل الذى يجب أن تراعى فيـه حدود المسافة القانونية [٣] . وميز بين المطلات والمناور [٤] . وقضى أن كسب مطل على مسافة ممنوعة بمضى المدة لا يمنع صاحب العقار المرتفق به من أن يبنى

---

(١) استئناف أهلى فى ٦ مارس سنة ١٩١٩ مجموعة ٢١ ص ١٥ . أنظر عكس ذلك مصر الـكلية الاهلية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٣٠٥ .

(٢) السنطة الأهلية الجزئية فى ٣١ يناير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ٧٦ .

(٣) عابدين الجزئية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٢ حقوق ١٨ ص ٢٧ — محكمة مصر الأهلية الـكلية فى ٢٣ يوليه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٨ .

(٤) استئناف مختلط ١٦ ابريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٦٠ — الموسكى الجزئية أول ابريل سنة ١٩٠٣ مجموعة ٤ ص ٢١٧ — رشيد الجزئية ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ مجموعة ١٠ ص ٢٧٠ — الجيزة الجزئية ١٦ ابريل سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٧٧٨ .

على حدود ملكه ، حتى لو أدى الحال الى سد المطل [1] .

كذلك نرى بعض المحاكم الأهلية ابتكرت حكما خاصا بتملك حق المرور بالتقادم . واستقلت فى ذلك عن القضاء الفرنسى والقضاء المختلط . اذ أن هذين يقضيان بأن حق المرور غير مستمر (وللاستمرار هنا معنى خاص غير منطقى اتبعت فيه التقاليد وقضى به نص القانون الفرنسى (م ٦٨٨ فرنسى) دون أن يكون لهذا النص مقابل فى التقنين المصرى) . لذلك لا يجوز عندهما تملك هذا الحق بالتقادم . أما المحاكم الأهلية التى نشير اليها ، فقد رجعت الى حكم المنطق وقضت بأن حق المرور قد يكون مستمرا ، ويجوز تملكه بالتقادم [2] . ونحن نؤثر هذا الرأى الأخير ، وننصح المشرع باتباعه عند تنقيح التقنين .

وقد أخذ القضاء المصرى بحق الارتفاق الذى يقرره رب الأسرة دون نص فى القانون على ذلك ، اذ أن آساس هذا الحق هو الرضاء الضمنى ، فهو متفق مع

---

(١) استئناف أهلى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ مجموعة ١٢ ص ٦٩ — الاسكندرية الأهلية الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٥٤ — مصر الأهلية الكلية ٤ اكتوبر سنة ١٩٢٦ مجموعة ٢٨ ص ٢٢٧ — استئناف مختلط ٢ ابريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٦ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ١٩ — انظر عكس ذلك المنصورة الأهلية الجزئية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ محاماة ٦ ص ٧٣٦ — اسكندرية الأهلية الكلية ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٧٩ .

(٢) طنطا الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٤ ص ١٢٢ — كفر الشيخ ١٠ سبتمبر سنة ١٩١٨ الشرائع ٦ ص ٦١ — الاسكندرية الأهلية الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ مجموعة ٢٢ ص ٥٣ — الاقصر ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ ص ٧٦ — طنطا الجزئية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٣ ص ١٤٥ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٧ محاماة ٨ ص ٢٢٨ . أنظر عكس ذلك منيا القمح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ حقوق ١٩ ص ٢٠٥ — طنطا الاستئنافية ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ مجموعة ٧ ص ٨٦ — منيا القمح ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ١٧٥ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ — ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ٣٠ يناير سنه ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ — ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ .

القواعد العامة . فأكمل القضاء بذلك نقصا فى النصوص التشريعية [١] .

وواجه القضاء مشكلة عملية خطيرة ، هى تحديد طبيعة القيود التى تشترط فى البناء على الأرض الفضاء ، مساحة وارتفاعا وأبعادا ، فقضى بأن مثل هذه القيود تعتبر حقوق ارتفاق عينية [٢] .

الاشتراط لمصلحة الغير وعقود التأمين : قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى الا نصا واحدا فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وهو نص مغرق فى الغموض ، مع أن هذا النظام القانونى قد تقدم خطوات واسعة فى الحياة العملية ، منذ انتشرت عقود التأمين ، وهى من أهم تطبيقاته . ويجب أن يفسح التقنين الجديدة صورة لنصوص صريحة فى هذا الموضوع ، كما يجب أن يخصص مكانا لعقد التأمين بين العقود المبينة .

وتمكن الاستفادة من المبادىء التى قررها القضاء المصرى فى هذا الشأن . فهو قد طبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ليس فى عقود التأمين فحسب ، بل فى فروض أخرى تسترعى النظر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن اشتراط البائع لعقار مرهون على المشترى أن يدفع الدين للدائن المرتهن هو اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر فى ذمة المشترى [٣] . كذلك اتفاق البائع مع الجار الشفيع على أن يتنازل هذا الأخير عن حقه فى الشفعة يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير ، وللمشترى أن يتمسك بهذا الاتفاق قبل

---

(١) استئناف أهلى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٧٠٤ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة ٣٣ ص ١٢٤ — استئناف مختلط ٢٠ ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ أول ابريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ .

(٢) محكمة النقض فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ محاماة ١٣ ص ٩٨٧ — استئناف أهلى ٨ مايو سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٣٠ وأحكام أخرى كثيرة .

(٣) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ .

الشفيع [١] . وقد طبق القضاء النظرية أيضا فى عقود الاحتكار ، وما يلتزم به المحتكر نحو المستهلك [٢] . وطبقها فى القيود التى تشترطها شركات الأراضى على المشترين من حيث البناء ، والتى قدمنا أن القضاء يرى فيها حقوق ارتفاق .

وسار القضاء شوطا بعيدا فى تقرير المبادىء العامة فى الاشتراط لمصلحة الغير . فقرر أن للمنتفع حقا مباشرا فى ذمة المتعهد يستمده من العقد . وطبق ذلك بنوع خاص فى عقود التأمين ، فأعطى الورثة المؤمن لمصلحتهم حقا مباشرا فى ذمة شركة التأمين ، لا يأخذونه من التركة ، حتى لا يدخل فى ضمان دائنى المورث [٣] . وقرر أن رضاء المنتفع ضرورى لتثبيت ذلك الحق [٤] ، وأن للمشترط أن ينقض الحق قبل صدور هذا الرضاء [٥] .

ويطول بنا المقام لو حاولنا احصاء أحكام القضاء المصرى فى هذا الموضوع الخطير . فنكتفى هنا بما قدمناه . ونكرر أن المشرع المصرى يجد مادة خصبة فى القضاء عند ما يريد تقنين الأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير وبعقود التأمين .

الوقف والحكر : لم يتعرض المشرع المصرى لهذا الموضوع الهام الا فى نصوص قليلة جدا (م ٧/٢٢ و م ١٧/٣٤ و م ١٨/٣٧ و م ٥٤/٧٧ و م) ، مع

(١) استئناف مختلط فى أول ابريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٥ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٧ — ١٨ يناير سنه ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — المنيا الأهلية الكلية فى ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٤٦٠ — طنطا الأهلية الكلية فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ١٤٠ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ .

(٥) استئناف مختلط فى ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ — ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ .

أن جزءا كبيرا من العقارات المصرية موقوفة ، وقضايا الوقف والحكر تعرض كل يوم على المحاكم . فاذا أراد المشرع المصرى تقنين الأحكام المتعلقة بالوقف والحكر ، فانه لا يكفى فى ذلك أن يتخذ الشريعة الاسلامية مصدره فى هذا التقنين ، وان كانت هى المصدر الأساسى فى هذا الموضوع ، بل يجب أيضا أن يستعرض أحكام القضاء من أهلى وشرعى ومختلط ، ويسترشد بها فى تقنينه .

فقد أصدر القضاء المصرى أحكاما بالغة فى الكثرة ، يقرر بها نظم الوقف ، من حيث حقوق المستحقين ، وثبوت الشخصية المعنوية للوقف ، وما لدائنى المستحقين من حق على ريع الوقف ، وكيفية ادارة الأعيان الموقوفة ، وما يجوز لناظر الوقف من التصرفات وما لا يجوز له ، وحكم اجارة الوقف ، ووضع اليد عليه ، وتملكه بالتقادم ، وانقضاء حق المستحق بالتقادم ، وغير ذلك من النواحى المتشعبة ، مما لا يتسع له نطاق هذا البحث .

كذلك صدرت أحكام كثيرة متعلقة بالحكر وشروطه وأحكامه وأنواعه المختلفة ، مما يصلح أن يكون مرشدا للمشرع عند تقنين الأحكام فى هذا الموضوع .

الميراث والوصية والهبة : هذه موضوعات توزعت بين الشريعة الاسلامية والتقنين المدنى ، فأصبحت حائرة قلقة بين النظامين . ولم يعن الفقه المصرى بها عناية كافية . أما القضاء ، وهو يواجه كل يوم كثيرا من مشاكلها ، ويعانى مسائلها المعقدة ، فما لبث أن صاغ أحكامها ورتبها ، ونحا فى ذلك منحى عمليا ، موفقا بين قواعد الشريعة الاسلامية ومبادىء القانون المدنى . ويستفيد مشرعنا ، كثيرا ، عند تقنين هذه الموضوعات ، من الرجوع الى أحكام القضاء فى مدى نصف القرن الماضى .

وأهم مشكلة واجهها القضاء فى مسائل الميراث هى التوفيق بين مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بأن لا تركة الا بعد سداد الديون ، ومبدأ القانون الفرنسى الذى يقضى بأن تنتقل الى الورثة ديون المورث كما تنتقل حقوقه . وهو يقضى عادة باتباع مبدأ الشريعة الاسلامية ، فهى الشريعة واجبة التطبيق فى هذه

الحالة [١] . ولكنه مع ذلك لا يسير فى هذا المبدأ الى النهاية ، بل يحمى حق الغير الذى تعامل مع الوارث بحسن نية قبل سداد ديون التركة . وقد قضت محكمة الاسكندرية الأهلية الكلية بأنه اذا كانت التركة مدينة ، وباع أحد الورثة ما خصه من الميراث قبل وفاء الدين ، وتبينت سلامة نية المشترى وعدم تواطئه مع البائع للاضرار بحق الدائن ، فيكون البيع نافذا ، ويعد من قبيل البيع الصادر من المدين لمن تكون نيته سليمة اضرارا بالدائنين ، وهو صحيح ونافذ . وادعاء فساده بأن الميراث لا يكون الا بعد وفاء الدين منقوض بأن ملكية أموال المتوفى تنتقل الى ورثته فى حال موته ، فيكون هذا الوارث قد باع ما هو ملكه ، وبأن معنى كون الميراث لا يكون الا بعد وفاء الدين أن الوارث واجب عليه دفع الدين على قدر قيمة ما ورثه ، ولا يلزم بزيادة ، الا أن أموال المتوفى تبقى بدون مالك لغاية تمام دفع الدين [٢] . وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الوارث يملك شرعا ما يتركه مورثه وقت الوفاة ، والقول بأن لا تركة الا بعد سداد الدين لا يقصد به أن التركة تبقى معلقة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث كلها ، انما معناه أن الوارث ملزم بدفع دين مورثه بنسبة ما أخذه من التركة ، فلذلك ليس لدائنى المورث أن يطلبوا الغاء البيع الحاصل من الورثة لشىء من أموال التركة ، بناء على أن البيع حصل قبل سداد ديون المورث ، وأن الورثة قد باعوا حينئذ شيئا لا يملكونه ، بل الطريقة الوحيدة للطعن فى هذا البيع هى رفع دعوى أبطال

---

(١) على أن الشرع المصرى يصرح فى بعض الأحوال أن الالتزام لا ينقضى بموت الملتزم ، كما فعل فى الايجار (م ٣٩١ / ٤٧٨) ، ومعنى ذلك أنه ينتقل للوارث . وفى الأحوال التى لا يصرح فيها بذلك ، يكون من المفهوم ضمنا ، طبقا للقواعد العامة فى انقضاء الالتزامات ، أن الالتزام لا ينقضى بموت المدين ، بل ينتقل للوارث كذلك .

والتوفيق بين هذه القواعد العامة ومبدأ الشريعة الاسلامية ، يمكن القول ان الالتزام ينتقل للوارث ، ولكن بالقدر الذى كسبه من أموال التركة . فورثة المستأجر مثلا يلتزمون بدفع الأجرة المدة الباقية من الايجار ، بشرط الا تزيد هذه الأجرة عن مقدار التركة التى آلت اليهم ، محتسبا فيها منفعة العين المؤجرة .

(٢) ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ١٨ .

التصرفات الصادرة من المدين ، اذا توافرت شروط هذه الدعوى [١] .

على أن القضاء المصرى غير مضطرد فى هذه المسألة ، فهناك أحكام كثيرة تحمى دائن التركة وتفضله على المشترى من الوارث [٢] . وخير سبيل نراه فى هذا الموضوع هو أن ينظم المشرع ، عند مراجعة التقنين ، طريقا لتصفية التركة ، على مثال تصفية أموال المفلس ، حتى تحفظ حقوق دائنى المورث ، ولا يضار الغير حسن النية الذى يتعامل مع الوارث .

أما الوصية فأحكامها مستمدة من الشريعة الاسلامية كالميراث . ويلاحظ أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تضمنت أحكاما فى اثبات الوصية . ويحسن أن يرجع المقنن فى هذا الموضوع الى قضاء المحاكم الشرعية . أما قضاء المحاكم الأهلية فهو فى احدى نواحيه يكاد يكون مبتكرا . ذلك أن المحاكم تواجه كل يوم عقودا تفرغ عادة فى شكل عقود البيع ، وتصدر من أب لأولاده ، أو من زوج لزوجه ، أو من شخص لآخر تربطه به رابطة قوية من قرابة أو نسب . ويكاد من يتتبع ظروف هذه العقود أن يجزم أنها وصايا لا بيوع . فالأب يبيع مالا لابنه ، وقد يكون الابن صغيرا وليست له ثروة شخصية يفى منها بثمن المبيع ، ومع ذلك يقر الأب فى عقد البيع أنه قبض الثمن ، وقد يكون مبلغا كبيرا ، ويحتفظ الأب لنفسه بحق الانتفاع بالشىء المبيع ، أو يبقى واضعا يده عليه يديره ويتصرف فيه كما لو كان لم يبعه ، ويبقى عنده عقد البيع ، فلا يسلمه للمشترى ، ولا يسجله ،

---

(١) ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ مجموعة ١٤ ص ٤٢ . وانظر فى المشترى سىء النية استئناف أهلى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٧٧ .

(٢) محكمة مصر الأهلية الكلية ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ١١٢ — الاسكندرية الأهلية الكلية فى ٣ أبريل سنة ١٩٢٤ مجموعة ٢٨ ص ٢٥٠ — استئناف أهلى فى ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ مجموعة ٣١ ص ٣٦٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٨٢٦ — ٨ مارس سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ١٦٨ .

ومن ذلك يتبين أن هذا الرأى الاخير هو الذى تغلب على الرأى الاول .
وللمحاكم المختلطة أحكام كثيرة فى هذا الموضوع .

أو يسجله ويبقيه مخفيا عنده بعد ذلك . كل هذه قرائن تدل على أن البائع يوصى فى الواقع لا يبيع ، وقد لجأ الى البيع لأنه ضاق بأحكام الوصية ، فهى لا تجيز الوصية لوارث ، وقد تكون هناك أسباب قوية تدعو المورث أن يؤثر بعض الورثة بشىء من ماله . وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد ، فهى تارة تقرها على أساس أنها بيع صحيح ، وطورا تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة دون أن يجيزها الباقى . والمتتبع لأحكام القضاء فى هذا الموضوع لا يسعه الا أن يحمد هذه الجهود الكبيرة التى يبذلها حتى يوفق بين أحكام القانون والمقتضيات العملية . ويمكن القول بوجه عام أنه يميل الى اعتبار هذه العقود صحيحة ، اذا حرص البائع على أن يفرغ العقد من الناحية الشكلية فى ثوب بيع لا شبهة فيه . وهو لا يبطل الا عقودا لم يثبت فيها أن المشترى صدر منه رضاء ولو ضمنى ، أو ذكر فيها أن الثمن قد ابرئت منه ذمة المشترى ، أو استبقى البائع لنفسه ملكية الشىء الى حين موته . أما اذا كان العقد قد احتفظ بشكل البيع الناقل للملكية فى الحال ، فقل أن تبطله المحاكم ، حتى لو نص فى العقد أن البائع يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالشىء المبيع طول حياته [1] .

والظاهر من هذا القضاء المضطرد أن الحاجة العملية هنا تغلبت على الأحكام القانونية ، فتكسرت هذه الأحكام ، وأخضعتها المحاكم لمقتضيات الظروف بطريق الحيلة . فلا شبهة فى أن العقود التى حكم القضاء بصحتها يخفى أغلبها وصايا لا بيوعا ، ولكنها وصايا لها من ظروف أسرة الموصى ما يبررها ، فأجازتها

---

(١) أنظر فى هذا المعنى استئناف أهلى ١١ أكتوبر سنة ١٩١٤ حقوق ٢٠ ص ١٧٢ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٤٨٩ — ٣١ يناير سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ٧٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ ص ١٢٩ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ مجموعة ٢٣ ص ١٥٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ محاماة ٣ ص ١٦٢ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٥٢ — ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٨ ص ٩١٧ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ١٠٩ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ١٥٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ محاماة ١٠ ص ٨٧٥ — نقض ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ٥٥ .

المحاكم ، ولكن من طريق مستتر . فهى لم تجسر على أن تخالف حكم الشريعة الاسلامية الصريح ، وهو يقضى بألا وصية لوارث . فعمدت الى اعتبار التصرف بيعا ، مكتفية فى ذلك بالشكل دون الموضوع ، ومتمشية مع الحيلة التى لجأ اليها المتصرف ، حتى تجيز تصرفه .

وهذا مما يدعو الى التفكير ، عند تقنين أحكام الوصية ، فى بحث أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع . فهل يجد الباحث فيها شيئا يعين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية ، فتباح الوصية لوارث ، ولو فى حدود ضيقة ؟ هذا مثل نسوقه على ضرورة عناية المشرع ببحث ما تلجأ له الناس من الحيل للهرب من أحكام تضيق بهم ، فيعيد النظر فيها حتى يوفق بينها و بين الواقع .

أما الهبة فقد أورد المشرع المصرى فيها أحكاما هى أكثر نسبيا من الأحكام التى أوردها فى الميراث وفى الوصية . على أنه يجب الرجوع الى الشريعة الاسلامية اذا أريد تقنين أحكام الهبة الموضوعية . أما من حيث شكل الهبة ، ففى القضاء المصرى مادة خصبة يستطيع أن يستمد منها المشرع تقنينه . ومن أهم المبادىء التى قررها القضاء المصرى فى هذا الموضوع هو التمييز فى عقود الهبة المستترة ، بين عقد صرح فيه بالابراء من الثمن أو بالتنازل عنه ، فيكون هبة باطلة ، وآخر لم يصرح فيه بذلك ، فيبقى صحيحا [(١)] .

الشرط الجزائى : ومن القضاء المشهور المبتكر ما قررته المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة بشأن الشرط الجزائى . وقد خالفت فيه نصا صريحا فى القانون ، هو نص المادتين ١٨١/١٢٣ ، و يقضى بأن الشرط الجزائى لا يجوز الحكم بأقل

---

(١) استئناف أهلى ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ حقوق ١٩ ص ٤ — ٤ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ ص ٢٣٨ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٧ حقوق ٢٢ ص ٢٦٦ — ١٧ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٩٩ — ٢ فبراير سنة ١٩١١ مجموعة ١٢ ص ١٢٠ — ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٢ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ٢٩٥ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ٨١ — ٢٦ ابريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٥٥١ — محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة فى اول مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة ٢٣ ص ٦٨ .

منه ولا بأكثر . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بدوائرها المجتمعة [١] بأنه يجوز ألا يحكم بشيء ما من الشرط الجزائى اذا لم يثبت حصول ضرر . ويمكن تبرير هذا المبدأ على أساس أن الشرط الجزائى انما هو تعويض ، وشرط التعويض حصول الضرر . وذهبت المحاكم الأهلية الى أبعد من ذلك ، فقضت بأن الشرط الجزائى ، كما يجوز الغاؤه عند عدم حصول الضرر ، يجوز كذلك تخفيضه اذا كان المبلغ المتفق عليه لا يتناسب مع الضرر الذى حصل فعلا [٢] . وحجتها فى ذلك أن الشرط الجزائى المبالغ فى تقديره انما هو شرط تهديدى محض لا يلتفت اليه ، وللمحكمة أن تقدر التعويض المناسب . على أنه يمكن تبرير هذا المبدأ من الناحية الفقهية على أساس نظرية السبب .

ومهما يكن من أمر فان القضاء المصرى ، من أهلى ومختلط ، مجمع على الخروج على نص صريح فى القانون ، وأن كان يخرج عليه بشيء من التفاوت ، ويبرر هذا الخروج تبريرا يختلف قوة وضعفا . وقضاؤنا المصرى مبتكر فى هذا ، لا لخروجه على التشريع المصرى فحسب ، بل لاختلافه أيضا مع القضاء والتشريع الفرنسيين ، فان هذين يقضيان بوجوب احترام الشرط الجزائى احتراما تاما ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر .

وفى هذا ما يسترعى نظر المشرع المصرى عند مراجعة التقنين . فعليه أن يزن هذا القضاء المبتكر ، وأن يدمجه فى تقنينه الجديد ، حتى لا يصطدم القضاء مع النصوص التشريعية الصريحة .

تصرفات السفيه قبل الحجر عليه : وهنا أيضا نجد قضاءنا فيه شيء من الابتكار . فالقول المعمول به فى الشريعة الاسلامية أن السفيه لا تبطل تصرفاته الا من وقت الحجر عليه ، وليس لقرار الحجر أثر رجعى ، وهذا قول أبى يوسف وهو المفتى به .

---

(١) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ .

(٢) ٢ديسمبر سنة ١٩٢٦ مجموعة ٢٧ ص ١٥٣ .

ولكن القضاء المصرى لا يقف عند ذلك . بل هو يحارب سوء النية والتواطؤ على الغش بسلاح آخر ، غير قاعدة الحجر على تصرفات السفيه . فاذا ثبت عنده أن السفيه بادر قبل توقيع الحجر عليه الى التصرف فى أمواله ، متواطئا فى ذلك مع من تصرف له ، أبطل هذا التصرف ، تطبيقا للمبدأ العام القاضى بأن القانون لا يحمى الغش ولا التواطؤ ولا التحايل على الأحكام القانونية ، وكل ما يقع من ذلك يجب أن يكون باطلا [1] .

وهذا أيضا قضاء عملى عادل ، يصح أن يندمج فى تقنيننا الجديد .

المسئولية عن الأشياء : لسنا فى حاجة الى استعراض تطور القضاء الفرنسى الخطير فى هذا الموضوع ، فهو مشهور . وانما نكتفى بالاشارة الى أن القضاء الفرنسى وصل فى تطوره الى حد أن جعل المسئولية عن الأشياء مبنية على خطأ مفروض فرضا لا يقبل اثبات العكس .

أما فى مصر فالحالة تختلف عنها فى فرنسا ، من حيث النصوص القانونية ومن حيث الظروف الاقتصادية . وعلى ذلك فلا يزال القضاء عندنا بوجه عام يتطلب اثبات خطأ فى جانب المسئول عن الشىء حتى تتحقق مسئوليته . ولكن ذلك لم يمنع بعض المحاكم ، من أهلية ومختلطة ، أن تجارى التطور الحديث ، وأن تقرر فى قضائها مبدأ المسئولية دون خطأ ثابت . وقد حملها على ذلك تطور

---

(١) محكمة النقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ — ص ٤٩٢ — انظر احكاما أخرى كثيرة فى هذا المعنى ، منها استئناف اهلى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ محاماة ٨ ص ٤٠ — استئناف اسيوط ١٦ نوفبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٦٣٣ — استئناف مختلط ٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٩ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ — ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ جازيت ٢٢ ص ٢٢٨ .

ويلاحظ أن الامام محمدا يبطل تصرفات السفيه من وقت ظهور السفه ، لا من وقت الحجر عليه فقط ، فقضاؤنا يتفق مع رأى محمد فى النتيجة ، وان كان يختلف عنه فى الأساس القانونى . فمحمد يبطل التصرف قبل الحجر للسفه ، أما القضاء فيبطله للغش والتواطؤ . فاذا فرض أن من تصرف له السفيه لم يكن متواطئا معه بل كان حسن النية فالظاهر أن محمدا يبطل التصرف بالرغم من ذلك ، أما القضاء فلا يبطله .

الحالة الاقتصادية فى بلادنا ، ونهضة الصناعة وارتقاء وسائل النقل وزيادتها مما يعرض الناس لأخطار لم تكن موجودة من قبل . فعدلت بعض المحاكم عن نظرية الخطأ الثابت ، واتخذت موقفا أكثر اتفاقا مع مقتضيات هذا التطور الحديث . ولكنها انقسمت الى طائفتين :

(١) طائفة وهى الغالبية تأخذ بمذهب الخطأ المفترض ، وتقلد فى ذلك القضاء الفرنسى . ولكنها لا تزال تجتاز المراحل الأولى التى سبق للقضاء الفرنسى أن اجتازها من قبل ، فبعضها يتلمس أساس الخطأ المفترض فى المسئولية التعاقدية ، و بعضها يتلمسه من طريق القياس على المسئولية عن الحيوان ، وفريق ثالث يقرر مبدأ الخطأ المفترض دون أن يدعمه على أساس قانونى [١] .

(٢) والطائفة الأخرى سارت شوطا أبعد من هذا ، وأخذت بمذهب تحمل التبعة [٢] ، وهى فى هذا قد سبقت القضاء الفرنسى ، اذ هو لم يأخذ بهذا المذهب حتى اليوم .

وفى استعراض هذا القضاء ، عند القيام بمراجعة التقنين ، ما يدعو للتفكير فى تحديد الأساس الذى تبنى عليه المسئولية عن العمل الضار ، وهل يحسن بمشرعنا أن يجارى القضاء فى بعض الخطوات التى سار فيها ، اذا وجد ما يبرر

---

(١) من الأحكام التى أخذت بمبدأ الخطأ المفترض : استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ — أول ابريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١ — ١٤ يونيه سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ — ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ٥٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ — محكمة استئناف أسيوط الأهلية ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ عدد ١٣٠ — محكمة استئناف مصر الأهلية فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ١٥٤ — محكمة الباجى الجزئية ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ عدد ١/٩٣ .

(٢) أنظر محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١٠ ابريل سنة ١٩٢٧ مجموعة ٢٨ عدد ٥٩ — محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ — ٢٣٣ — ١٧ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٩٥ — استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٢٢ .

ذلك من تطور الظروف الاقتصادية فى مصر .

الملكية الادبية والفنية والصناعية : وهنا أيضا تجد القضاء المصرى ، الأهلى والمختلط ، يبتكر المبادىء القانونية ، لحماية هذا النوع من الملكية ، اذ ليس له تشريع خاص يحميه . فاستعاض القضاء عن النصوص التشريعية بتطبيق مبادىء العدالة والقانون الطبيعى .

والمبادىء التى قررها القضاء فى هذا الشأن كثيرة مشهورة ، لا داعى لتفصيلها . وهى تصلح أن تكون مرشدا للمشرع المصرى فى تقنينه لأحكام هذه الملكية المعنوية . ولا يفوتنا أن نذكر أن الحكومة المصرية قد وضعت مشروع قانون للملكية الأدبية والفنية ولا يزال محلا للبحث .

ويتبين مما تقدم أن القضاء المصرى مادة خصبة يستفيد منها المشرع المصرى الشىء الكثير ، عند مراجعة التقنين[1] .

ب — التقنينات الحديثة

الى أى حد تمكن الاستفادة من هذه التقنينات : قدمنا أن التقنينات الحديثة مصدر خصب لمشرعنا ، يستطيع أن يستمد منها كثيرا من المبادىء القانونية الصالحة فى التقنين .

على أننا نشير بشىء من الحيطة فى ذلك . واعتقادنا أن المشرع يحسن به أن يستمد تشريعه أولا من قضاء البلاد وتجاربها الخاصة . فان اقرار القضاء المصرى لمبدأ واضطراده فى السير عليه دليل على صلاحية هذا المبدأ للحياة المصرية فى أغلب الأحيان . والقانون ليس الا وليد هذه الحياة ، يخضع لها ،

---

(١) على أن هناك مبادىء قررها القضاء المصرى ، لا تنصح المشرع باتباعها ، ونذكر مثلا لذلك مسئولية المستأجر عن احتراق العين المؤجرة ، فالقضاء المصرى يحمل المؤجر عبء الاثبات ، ويخرج فى ذلك على القواعد العامة ، والأولى مخالفة هذا القضاء المبتكر ، والرجوع الى القواعد العامة ، فيكلف المستأجر بالاثبات .

ويتأثر بها ، ويجاريها .

على أن هذا لا يمنع أن نستفيد من تجارب الغير الى جانب تجاربنا الخاصة . فقد رأينا التقنينات الحديثة ارتقت رقيا كبيرا ، وتقدمت فى رقيها على التقنين الفرنسى الذى أخذنا عنه . فاذا أردنا تنقيح تقنيننا وجب علينا أن ننتفع بهـذا التقدم .

ونلاحظ أولا أنه لا يجوز لنا أن نستمد شيئا من قانون أجنبي فى دائرة الأحوال الشخصية . فان هذه الدائرة تخضع قبل كل شىء لمعتقداتنا الدينيـة ، ولعاداتنا وتقاليدنا الخاصة ، ولأساليب حياتنا الاجتماعية ، مما لا يصح أن نقلد فيه الأمم الأجنبية ، وهى غريبة عنا فى عاداتها ، بعيدة فى تقاليدها .

ونلاحظ ثانيا أن أكثر ما نستفيده من التقنينات الحديثة انما يكون من ناحية الشكل . فأسلوب التقنين الحديث ، وتبويب هذا التقنين تبويبا منطقيا محكما ، وتوخى الدقة فى التعبير ، وغير ذلك مما سبق أن أشرنا اليه ، نجد له مثلا طيبة فى التشريعات الحديثة ، يجب علينا أن نتوخاها فى تقنيننا الجديد .

على أن هناك مبادىء قانونية كثيرة تتعلق بالموضوع لا بالشكل ، نجدها فى هذه التقنينات الحديثة ، وهى مبادىء تصلح أن نستلهم منها الشىء الـكثير فى تقنيننا الخاص بالمعاملات [1] ، لا سيا فى الجزء الخاص بالالتزامات . فان هذا الجزء يكاد يكون مشتركا بين الأمم ، يسهل بينها التفاهم على مبادئه ، لأن أساسه المنطق ، والمنطق البشرى الصحيح واحد لا يتغير . ولأن موضوع الالتزامات هو أكثر موضوعات القانون تجردا من الاعتبارات المحلية ، وتمشيا مع حركة التعامل الدولية ، وتحليقا فى جو التعميم والشمول .

---

(١) وقد وضع الأستاذ والتون مقترحات جديرة بالنظر ، يمس نصوص تشريعيـة ، تتعلق بحق الملكية والتزامات الجوار ، لتعديل التقنين المصرى فى هذه الموضوعات . وقد استمد أكثر هذه النصوص من التقنينات الحديثة (أنظر مقاله المنشور فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٦ — ص ٢٠١) .

ومن هذه المبادىء ما يتناول نظريات عامة تتمشى على جميع نواحى القانون ، كالمبادىء الخاصة بسلطة القاضى فى تفسير القانون ، ونظرية سوء استعمال الحق . ومنها ما هو مقصور على ناحية معينة كالمنشآت (ولا نتكلم فى السجل العقارى ، فأمره معروف ، ولا على « الافلاس المدنى » . وقد نظمته بعض القوانين الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى) . وأكثرها يتصل بنظرية الالتزام كما قدمنا ، نذكر منها على سبيل المثال المبادىء المتعلقة بتكوين العقد ، والنيابة فى التعاقد ، والارادة المنفردة والصورية ، والغبن ، والدفع بعدم التنفيذ ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية عن العمل الضار ، والاثراء بلا سبب ، وحوالة الدين ، والوفاء .

هذه بعض المبادىء التى يصح فيها أن نتطلع الى الاستفادة من التقنينات الحديثة ، لم نحاول حصرها ، وانما أتينا بأمثلة ندلل بها على أهمية الرجوع الى هذه التقنينات ، لسد بعض الثغرات فى تقنيننا الحاضر ، وقد سبق أن أشرنا اليها عند ما كنا نعدد عيوب هذا التقنين .

ونجتزىء بكلمة موجزة عن كل من المبادىء المتقدمة ، نستعرض فيها ما قررته التقنينات الحديثة بشأنها [1] ، مما يصح أن يكون مثلا لنا نحتذيه . ونتوخى الايجاز التام فى ذلك ، لضيق المقام .

سلطة القاضى فى تفسير القانون : أهم ما يسترعى النظر فى هذا الموضوع هى هذه الخطوة الجريئة التى خطاها المشرع السويسرى فى اعترافه الصريح بسلطة القاضى الواسعة ، لا فى تفسير القانون فحسب ، بل فى صنعه أيضا . فقد

---

(١) ونقتصر على التقنين الألمانى والتقنين السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى ، حتى لا يطول بنا البحث . ولكن لا يفوتنا أن نذكر أن هناك مصادر أخرى غير هذه يصح الرجوع اليها . نذكر منها على سبيل المثال المشروع البولونى ، وقد تضمن فى المادة الخامسة النص الآتى : « لا يجوز التحايل على القانون ، وكل عمل قانونى مخالف لهذا النص يكون باطلا لا أثر له » . وهو نص جدير أن نسترشد به فى تقنيننا الجديد .

نص فى المادة الأولى من القانون المدنى على ما يأتى : « يخضع للتشريع كل الموضوعات التى تعرضت لها نصوصه ، فى ألفاظها أو فى روحها . واذا لم يوجد نص قانونى يطبق ، حكم القاضى بمقتضى العادات . فاذا لم توجدعادات ، حكم بمقتضى القواعد التى كان يسنها لو كان مشرعا ، واستلهم فى ذلك المبادىء التى أقرها الفقه والقضاء [١] » .

وهذا النص جرأته فى صراحته . فهو يعدد للقاضى المصادر التى يستمد منها القانون . فيذكر أولا النصوص التشريعية ، ثم روح التشريع ، ثم العادات ، ثم يترك الأمر بعد ذلك القاضى ، يشرع للحالة المعروضة أمامه ، مستلهما فى ذلك الفقه والقضاء . وهذا هو فى الواقع من الأمر ما يفعله كل قاض ، سويسرى أو غير سويسرى . ولا سبيل الى منع القاضى من الاجتهاد فى الحالات التى لا يرى أمامه فيها حكما من تشريع أو عرف ، فهو لا محالة مشرع ، يستنبط الحكم الذى يراه ملائما ، ويقضى به . وليست جدة التشريع السويسرى فى هذا الشأن الا فى أنه قال صراحة ما لا يقوله المشرعون الآخرون عادة ، خشية أن يسترسل القضاء فى سلطة تفسيرية واسعة ، ينقلب بها مشرعا ، لا يتقيد حتى بالنصوص القانونية التى يراها أمامه .

ونحن نكتفى بوضع هذا النص التشريعى الخطير تحت أعين الباحثين . ولا نجزم بصواب نقله فى تقنيننا الجديد .

نظرية سوء استعمال الحق : هذه نظرية يعترف بها الفقه ، ويطبقها القضاء ، فى كل القوانين المتمدينة . ويطبقها القضاء المصرى فى أحوال كثيرة . فعدم وجود نص تشريعى فى هذا الموضوع نقص يجب أن نتلافاه فى تقنيننا

---

(١) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'un de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législation. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

الجديد . وهذا ما فعلته التقنينات الحديثة . فقد نص التقنين الألمانى فى المادة ٢٢٦ على أن « استعمال الحق لا يكون جائزا ، اذا لم يقصد به الا احداث ضرر الغير »[١] . ونص التقنين السويسرى (م ٢ مدنى) على أن « كل شخص ملزم باستعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التى يمليها حسن النية . وكل سوء استعمال ظاهر للحق لا يحميه القانون » . ونص المشروع الفرنسى الايطالى (م ٧٤ فقرة ثانية) على أنه « يلتزم أيضا بالتعويض كل من أحدث ضررا للغير ، بأن جاوز ، فى استعماله لحقه ، الحدود التى يرسمها حسن النية ، أو الغرض الذى من أجله أعطى هذا الحق »[٣] .

والذى يطلب من مشرعنا أن يبت فيه ، عند وضعه نصا بهذا المعنى ، هو أن يحدد بأى معيار يأخذ فى هذه النظرية ، أبمعيار مادى هو أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات ، أم بمعيار شخصى هو أكثر تحقيقا للعدالة ، أم يأخذ بالمعيارين معا ممتزجين . ثم يبت كذلك فى أى مكان يضع هذا النص ، أفى القسم العام من التقنين ، وهذا هو الذى نراه ، اذ النظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون ، أم يضعه بين النصوص المتعلقة بالعمل الضار فى مصادر الالتزامات ، كما فعل المشروع الفرنسى الايطالى .

المنشآت والمؤسسات (fondations) : لا يوجد فى قانوننا ولا فى القانون الفرنسى نصوص خاصة بالمؤسسات . وهذا نقص ظاهر فى التشريعين . والفرنسيون يحتالون على انشاء المؤسسات بطرق مختلفة ملتوية . أما فى مصر ، فقد أغنانا الوقف الى حد كبير عن هذه الطرق . اذ يستطيع من يريد انشاء

---

(١) L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui.

(٢) Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

(٣) Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré.

مؤسسة أن يقف مالا يخصصه للغرض الذى يقصد اليه . ولكن بالرغم من ذلك لا زلنا فى حاجة شديدة الى نظام قانونى للمؤسسات يكون أكثر مرونة من نظام الوقف المعروف . « فتنظم ادارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب فى انشاء مؤسسات ، حيث لا يسمح الوقف بانشائها ، وحيث يستمان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود ، بانشاء جمعيات من الأشخاص ، لا مؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هـذا التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (أما فى نظام الوقف فالمحاكم الشرعية هى التى لها حق الرقابة) ، ويرخص للمؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر ، متى تبين أن الغرض الذى أنشئت من أجله فقد أهميته ، أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام . كل هذه مزايا لا تتوافر فى نظام الوقف . هذا الى أن الوقف يجب أن ينتهى الى جهة بر لا تنقطع ، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء وانتهاء ، اذا لم تدخل هذه المشروعات فى دائرة جهات البر »[1] .

هذا النقص فى تشريعنا تلافاه التشريعان الألمانى والسويسرى ، فتضمنا نصوصا (م ٨٠ — ٨٨ ألمانى و م ٨٠ — ٨٩ مدنى سويسرى) تنظم المؤسسات وتقضى هذه النصوص بأن المؤسسة تنشأ بعمل قانونى صادر من جانب واحد . فارادة المنشىء هى التى توجد المؤسسة وتضع نظمها . وهذه الارادة تصدر من صاحبها لتنتج أثرها ، اما فى حياته ، أو بعد موته وتكون الارادة فى هذه الحالة فى شكل وصية . ثم يلتزم المنشىء بارادته المنفردة أيضا أن ينقل الى المؤسسة ملكية ما تعهد بدفعه من المال الذى خصصه لهذا الغرض . ومن الضرورى فى القانون الألمانى الحصول على ترخيص من الحكومة (بخلاف القانون السويسرى) . ويجوز للحكومة التعديل من أغراض المؤسسة ، اذا أصبحت الأغراض الأولى مخالفة للنظام العام ، وتحترم فى ذلك ارادة المنشىء بقدر الامكان .

---

(١) أنظر كتابنا فى الالتزامات جزء أول نظرية العقد ص ٢٠٤ هامش نمرة ١ .

وهناك مشروع قانون فى فرنسا يضع نظاما للمؤسسات ، ويجعل انشاءها بطريق مباشر ، بمجرد تخصيص مال لها . وتكسب المؤسسة الشخصية المنوية باعلان يماثل الاعلان التى تكسب به الجميات هذه الشخصية . ولا يسمح باشهار المؤسسة الا بعد ترخيص من الجهة الادارية . والترخيص تارة يكون حتميا ، وطورا يترك لتقدير الادارة ، مع جواز الطعن فى هذا التقدير أمام المحكمة الادارية العليا . وقد نظمت فى هذا المشروع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات .

أمامنا كل هذه النصوص فى التشريعات المختلفة ، نستطيع أن نستلهم منها تشريعا يتناسب مع حالتنا الخاصة ، لتنظيم المؤسسات فى مصر . فان أمر هذه المؤسسات أصبح الآن خطيرا بانتشار أعمال البر ، وبازدياد النشاط الاقتصادى فى البلاد .

تكوين العقد : قدمنا أن تقنيننا المدنى قد أغفل مسألة من أمهات المسائل فى العقد ، وهى مسألة تكوينه . فلا نص عندنا يقرر كيف يتكون العقد ، وما يتعلق بذلك من أحكام مختلفة ، مثل القوة الملزمة للايجاب ، وتوافق الايجاب مع القبول ، وفى أى وقت يتم ذلك اذا كان التعاقد بين غائبين ، وفى أى مكان ، وما قيمة الايجاب المعروض على الجمهور ، وما قيمة السكوت كتعبير عن الارادة ، وغير ذلك من المسائل الهامة .

ونستطيع أن نستفيد فائدة كبرى من نصوص قانون الالتزامات السويسرى فى هذا الصدد ، فهى من خير المثل التى تحتذى . وقد فصل المشرع السويسرى الأحكام المتقدمة فى المواد العشر الأولى من قانون الالتزامات ، وهذه هى نصوصها :

المادة ١ : « يكون العقد تاما ، عندما يظهر المتعاقدان ارادتيهما ، متبادلتين متوافقتين . واظهار الارادة قد يكون صريحا أو ضمنيا »[1] . ويبدو أن هذا

(١) Art. 1er. Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Cette manifestation peut être expresse ou tacite.

النص يأخذ بنظرية الارادة الظاهرة فى العقد .

المادة ٢ : « اذا اتفق المتعاقدان على كل المسائل الجوهرية ، اعتبر العقد قد تم ، حتى لو بقيت بعض المسائل الثانوية دون اتفاق . وفى حالة عدم الاتفاق على هــذه المسائل الثانوية ، يبت فيها القاضى ، ويعتبر فى ذلك طبيعة التعامل .... » [1] . وظاهر أن هــذا النص يعطى القاضى بعض السلطة فى تكوين العقد . وهذا مثل جديد على تفويض المشرع السويسرى للقاضى كثيرا من الأمور ، فهو يشرع تارة ، ويساعد الأفراد على تكوين عقودهم تارة أخرى .

المادة ٣ : « كل شخص يعرض اتمام عقد على آخر ، ويحــدد ميعادا للقبول ، يلتزم بايجابه حتى نهاية الميعاد . وينحل التزامه اذا لم يصله القبول قبل انتهاء الميعاد » [2] . وفى هــذا النص اعتراف بالقوة الملزمة للايجاب ، وأخذ بنظرية العلم بالقبول .

المادة ٤ : « اذا عرض الايجاب على شخص حاضر ، دون تحديد ميعاد القبول ، تحلل صاحب الايجاب اذا لم يصدر القبول فى الحال . وتعتبر العقود التى تمت بطريق التليفون عقودا بين حاضرين ، اذا اتصل الطرفان ، أو وكيلاهما ، أحدهما بالآخر اتصالا شخصيا » [3] . وقد اعتبر هــذا النص العقد بطريق

---

(١) Art. 2. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

(٢) Art. 3. Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai.

(٣) Art. 4. Lorsque l'offre a été faite à une personne présente sans fixation de délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre est délié, si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires n'ont été personnellement en communication.

التليفون كأنه عقد تم بين حاضرين ، وان كان ذلك لا يصدق الا من حيث الوقت الذى يتم فيه العقد ، لا من حيث المكان .

المادة ٥ : « اذا صدر الايجاب لشخص غائب ، ولم يحدد لقبوله ميعاد ، بقى صاحب الايجاب مرتبطا به الى الوقت الذى يتوقع فيه وصول رد ، يرسل فى الوقت المناسب وبطريق منتظم . وله أن يفرض وصول الايجاب فى وقت مناسب . واذا وصل القبول ، ولو أرسل فى وقت مناسب ، متأخرا الى من صدر منه الايجاب ، وكان هذا لا يريد الارتباط به ، وجب عليه أن يعلم من صدر منه القبول بذلك فى الحال [١] » . وعند هذا النص لا يسعنا الا أن نعجب بالتسلسل المنطقى الذى ساق به المشرع السويسرى نصوصه . فهو فى المادة الثالثة يفترض أن الموجب حدد ميعادا للقبول ، وفى المادتين الرابعة والخامسة افترض انه لم يحدد ميعادا سواء كان الطرف الآخر حاضرا ، وهذا ما نص على حكمه فى المادة الرابعة ، أو غائبا ، وهذا ما خصص له المادة الخامسة .

المادة ٦ : « اذا كان صاحب الايجاب ، نظرا لطبيعة التعامل الخاصة أو للظروف ، لا يتوقع صدور قبول ، يعتبر العقد قد تم اذا لم يرفض الايجاب فى ميعاد مناسب [٢] » . وهذا نص محكم ، يبين متى يعتبر السكوت قبولا . يقابله نص لا يقل عنه أحكاما ، عند فقهاء الشريعة الاسلامية يقضى بأن « السكوت

---

(١) Art. 5. — Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement. Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps. Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne pas être lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant.

(٢) Art. 6. Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à son acceptation, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable.

فى معرض الحاجة بيان ».

المادة ٧ : « صاحب الايجاب لا يتقيد به ، اذا تحفظ فى هذا الشأن تحفظا صريحا ، أو اذا ظهرت نيته فى عدم التقيد ، من الظروف أو من طبيعة التعامل الخاصة . ولا يعتبر ايجابا ملزما ارسال الأسعار والأثمان المعتادة وغيرها . أما عرض البضائع مع بيان أثمانها فيعتبر ايجابا (١) » . وهذا نص يأتى بتطبيقات عملية ، تبين متى يعتبر العرض الصادر من الموجب مجرد مفاوضة ، ومتى يعتبر ايجابا باتا . وقد يكون موضع هذا النص متأخرا فى هذا المكان .

المادة ٨ : « من تعهد علنا باعطاء جائزة فى مقابل القيام بعمل ، يلتزم بدفعها طبقا لتعهده . فاذا عدل عن التعهد قبل أن يصل اليه شىء ، التزم برد المصاريف التى أنفقت عن حسن نية ، الى حد قيمة المكافأة التى وعد بها ، الا اذا أثبت أن النتيجة المنشودة ما كانت لتتحقق (٢) » .

وهذا النص الذى يحدد ، فى حالة عرض جائزة على الجمهور ، الوقت الذى لا يستطيع فيه الموجب العدول عن ايجابه ، لا يتفق مع المنطق فى نظرنا . وكان الأولى أن يكون هذا الوقت هو علم شخص معين من الناس بالجائزة المعروضة ، لا قيام هذا الشخص بالعمل المطلوب .

---

(١) Art. 7. L'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard des réserves expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire. L'envoi de tarifs, de prix courants etc., ne constitue pas une offre de contracter. Le fait d'exposer des marchandises avec indication de prix, est tenu dans la règle pour une offre.

(٢) Art. 8. Celui qui promet publiquement un prix en échange d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse. S'il retire sa promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi ; à moins cependant qu'il ne prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu.

المـادة ٩ : « يعتبر الايجاب غير موجود ، اذا وصل العدول عنه الى من توجه اليه ، قبل وصول الايجاب ، أو فى نفس الوقت ، أو بعد هذا الوقت بشرط أن يعلم به الطرف الآخر قبل العلم بالايجاب . وتطبق القـاعدة نفسها فى حالة العدول عن القبول [١] » . وهذا نص يبين متى يمكن العدول عن الايجاب أو القبول . ويظهر لنا أن موضع النص فى هذا المكان متأخر ، كما لاحظنا ذلك فى نص المادة ٧ .

المـادة ١٠ : « التعاقد فيما بين غائبين ينتج آثاره من الوقت الذى يصدّر فيه القبول . واذا لم يكن القبول الصريح ضروريا ، فترجع آثار العقد الى وقت قبول الايجاب [٢] » . وهذا نص فى التعاقد بالمراسلة ، تضمن حلا ، هو محل للنظر ، فى هذا الموضوع الدقيق .

هذه نصوص واضحة ، تقرر أحكاما هامة . وهى مثل طيب فى الترتيب المنطقى والوضوح واستمابة الموضوع فى غير تـكلف ولا اطالة . ونتمنى على مشرعنا لو عنى بدراسة هذه النصوص وأمثالها عند مراجعة التقنين المدنى ، حتى يقتبس منها ما يراه صالحا فى هذا الموضوع الهام ، بعـد أن أغفله أغفالا تاما فى التقنين الحالى .

وقد وضع المشروع الفرنسى الايطالى نصوصـا مماثلة للنصوص المتقـدمة فى تـكوين العقد (م ٢ — ٤) . وهى أكثر اختصارا ، ولـكنها أقل وضوحا ،

(١) Art. 9. L'offre est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre. La même règle s'applique au retrait de l'acceptation.

(٢) Art. 10. Le contrat entre absents déploie ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée. Si une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de l'acceptation de l'offre.

وليس فيها هذا التسلسل المنطقى الذى نراه فى قانون الالتزامات السويسرى . ومن بين النصوص الثلاثة التى أتى بها المشروع فى هذا الموضوع ، نرى النص الثانى (م ٢) طويلا شديد التعقيد ، قليل التناسق ، وكان الأولى تجزئته الى عدة نصوص .

أما التقنين الألمانى ، فقد تناول هذا الموضوع فى نصوص كثيرة (م ١٤٥ — ١٥٦) . وتمتاز هذه النصوص بترتيب منطقى قد يكون أدق من ترتيب التقنين السويسرى . وتمتاز كذلك بأنها استوعبت فروضا عملية لم يتعرض لها المشرع الفرنسى . فهى جديرة بالدراسة والتمحيص ، لتقارن بنصوص التشريع السويسرى ، فيخرج الباحث بنتائج كبيرة القيمة من الناحية التشريعية . ولولا ضيق المقام لأوردنا النصوص الألمانية . ولكن نكتفى بالاشارة الى نص المادة ١٥٣ ، وهو يقضى بعدم سقوط الايجاب بموت أو زوال أهلية الموجب ، وهذه نتيجة منطقية من جعل الايجاب ملزما .

النيابة فى التعاقد : لم يضع المشرع المصرى نظرية عامة للنيابة فى التعاقد ، ولا نجد مثل هذه النظرية فى التشريع الفرنسى . فالتشريعان ناقصان من هذه الناحية . واقتصارهما على عقد الوكالة لا يكفى لتقرير كل أحكام النيابة ، فالوكالة ليست الا نوعا واحدا من أنواع النيابة .

وقد عنيت التقنينات الحديثة بهذا الموضوع . فترى التقنين الألمانى يورد نظرية كاملة للنيابة (م ١٦٤ — ١٨١) بدقته المعهودة ، وترتيبه المنطقى ، واستيعابه للموضوع .

وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسرى (م ٣٢ — ٤٠) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٣٠ — ٣٧) ونصوص هذه التقنينات الثلاثة جديرة بالمقارنة بعضها بالبعض الآخر ، حتى يستخلص منها نصوص صالحة لادماجها فى تقنيننا الجديد .

الارادة المنفردة : هى نظرية جرمانية الأصل . ولكنها جاوزت حدود القوانين الجرمانية ، وانتشرت فى كثير من القوانين .

أما التقنين الألمانى فقد قرر عدم الأخذ بها كنظرية عامة ، وان كان قد أخذ بها على سبيل الاستثناء فى مواضع معينة نص عليها (انظر م ٣٠٥) . وقد سار قانون الالتزامات السويسرى على هذا النهج ، فاعترف بالارادة المنفردة مولدة للالتزام فى حالات خاصة .

وانفرد المشروع الفرنسى الايطالى بعقد فصل خاص للإرادة المنفردة ، باعتبارها مصدرا للالتزام ، فقضى فى المادة ٦٠ بأن الارادة المنفردة اذا كانت مكتوبة ، واقترنت بأجل محدد ، تلزم صاحبها بمجرد وصولها الى علم من توجهت اليه ولم يرفضها . وتنطبق على الارادة المنفردة القواعد التى تنطبق على العقد ، عدا القواعد المتعلقة بوجوب توافق الارادتين لانشاء الالتزامات ... (١) » . وقد جاء فى التقرير المرفق بالمشروع ما يأتى : « ان هذا النص كان مثارا للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والايطالية . فقد ظن البعض أن فى تقرير هذا المبدأ تجديدا جريئا لا يتطلبه العمل . ولكن هذا الاعتراض ، اذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة للقانون الفرنسى ، غير وجيه بالنسبة للقانون الايطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الايطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد ، يعتبر الايجاب ملزما بمجرد وصوله الى علم من توجه اليه ، فالتجديد ليس اذن كبيرا بالنسبة لهذا القانون . ومن المفيد ادخاله فى القانون الفرنسى ، فهو يضع حدا للخلاف فى تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية ، هل هى عقود أو هى مجرد ارادة منفردة ، كما فى تطهير العقار . وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام

---

(١) Art. 60. La promesse unilatérale, si elle est faite par écrit et si sa durée n'est pas indéterminée, oblige son auteur aussitôt qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse.

Sont applicables à la promesse unilatérale toutes les règles des contrats, à l'exception de celles qui se réfèrent à la nécessité de l'accord des volontés pour l'existence des obligations.

بما يصدر عن الشخص من تعهد ، بالتمشى مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدودا معقولة لهذا التجديد . فهى لم تكتف بالشروط الموضوعية للعقد ، من الأهلية ومشروعية المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الارادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة » [1] .

ولا يسعنا ، أمام الاعتبارات التى أشار اليها التقرير ، ألا أن نشير بجعل هذه المسألة موضع عناية مشرعنا عند وضع التقنين الجديد .

الصورية : موضوع ذو خطر فى الحياة العملية . ليس عندنا فيه نص فيما عدا الهبة المستترة . والنصوص الفرنسية ناقصة معيبة .

وقد وضع المشرع الألمانى نصا فى الصورية (م ١١٧) يقضى بجعل العقد الحقيقى هو الذى يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة للغير . وهو حكم غريب نفضل عليه حكم قانون الالتزامات السويسرى (م ١٨ فقرة ثانية) ويقضى بسريان العقد الظاهر .

وأفضل من النصين ، وأكثر استيعابا للموضوع ، نص المادتين ٤٩ و ٥٠ من المشروع الفرنسى الايطالى . وتقضى المادة الأولى بأنه « فى حالة الصورية ، لا ينتج العقد الظاهر أثرا فيما بين المتعاقدين واذا قصد المتعاقدان ، باتخاذهما شكل عقد معين ، أن يبرما عقدا آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحا اذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته . ويجوز لدائنى المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر اذا كانوا حسنى النية ، ويجوز لهم أيضا أن يثبتوا الصورية التى وقعت ضارة بهم . ويجوز اثبات الصورية بكل الطرق ،

(١) أنظر ص ٧١ — ص ٧٣ من التقرير المذكور . أنظر أيضا م ٢٢ من القانون التونسى و م ١٨ من القانون المراكشى .

حتى فيما بين المتعاقدين[١] » . وتقضى المادة الأخرى بأن « العقود المستترة التى لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام . ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها[٢] » .

وفى هذين النصين المتقدمين ملخص دقيق واضح لأحكام الصورية . وهما ولا شك نصان يصلحان للاستئناس بهما عند مراجعة التقنين المصرى . ونلاحظ أن المشروع الفرنسى الايطالى قد خرج على القواعد العامة فى أحكام الصورية فى مسألة واحدة ، وهى اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الاثبات بجميع الطرق .

الغبن : لم يضع المشرع المصرى نظرية عامة للغبن ، بل اقتصر على اجازة الطعن بالغبن فى بعض حالات معينة نص عليها . وكذلك فعل المشرع الفرنسى . والتشريعان ناقصان من هذه الناحية .

أما التقنينات الحديثة فقد عنيت بهذا الموضوع الهام ، فوضعت فيه نصوصا عامة .

من ذلك ما نص عليه التقنين الألمانى فى المادة ١٣٨ اذ قضت بما يأتى : « كل عمل قانونى يخل بالآداب يكون باطلا . ويكون باطلا بنوع خاص العمل

---

(١) Art. 49. Au cas de simulation, le contrat apparent ne produit pas d'effets entre les parties. Si, sous la forme d'un contrat, les parties ont voulu en conclure un autre, ce dernier est valable pourvu qu'il réunisse toutes les conditions de fond requises pour sa validité. Les créanciers des parties contractantes et les tiers peuvent se prévaloir du contrat apparent pourvu qu'ils soient de bonne foi ; ils peuvent aussi prouver la simulation faite à leur préjudice. La simulation peut être prouvée par tous moyens, même entre les parties.

(٢) Art. 50. Les contre-lettres qui ne sont point déclarées nulles par la loi ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre universel. Elles ne peuvent être opposées à ceux qui y ont été étrangers, mais ceux-ci peuvent s'en prévaloir.

القانونى الذى يستغل به شخص حاجة شخص آخر أو خفته أو عدم تجربته ، فيحمله ، فى نظير شىء معين ، على أن يتعهد أو يعطى ، له أو لشخص آخر ، منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشىء ، بحيث يتبين من الظروف أن هذه المنافع بالنسبة للشىء ، غير متعادلة الى درجة فادحة [١] .

وتنص المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسرى على ما يأتى : « فى حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون ، فى غضون سنة ، أن يعلن بطلان العقد ، ويسترد ما دفعه ، اذا كان قد دفع الى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها ، أو خفة ، أو عدم تجربة » [٢] .

وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسى الايطالى بما يأتى : « اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض ، تبعا للظروف ، أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن

(١) Art. 138. Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante.

(٢) Art. 21. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de son gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.

يبطل العقد ، أو أن ينقص الالتزامات [١] .

هذه نصوص فى الغبن تضع نظرية عامة له ، وتجعله يتمشى على كل العقود ، فلا تخص عقدا دون آخر . وكل عقد تحقق الغبن فيه وكان هذا الغبن نتيجة استغلال أحد المتعاقدين للثانى ، يكون باطلا . حكم شامل يحقق العدالة فى جميع العقود . وتشترك هذه النصوص فى أنها تنظر جميعها الى الغبن نظرة شخصية لا نظرة مادية ، فهو فيها مظهر من مظاهر عيوب الرضاء ، لأنه ، وهو نتيجة استغلال الحاجة أو الخفة أو عدم التجربة ، يكون قد وقع بناء على اكراه أو غلط أو تدليس . وتشترك هذه النصوص فى شىء آخر ، فهى جميعها تضع للغبن معيارا مرنا لا قاعدة جامدة ، فلا يقدر الغبن برقم محدود ، كما هو الأمر فى التقنين الفرنسى والمصرى ، بل الغبن هو اختلال فادح فى التعادل ، أو هو اختلال واضح أو هو انحراف عن كل تعادل .

ويستطيع مشرعنا أن يقارن ما بين هذه النصوص ، ويختار لنفسه نصا يصل منه الى تقرير مبدأ عام فى الغبن ، ليس موجودا فى تشريعنا الحاضر .

الدفع بعدم التنفيذ: (exceptio non adimpleti contractus) :

لا يوجد فى تقنيننا ولا فى التقنين الفرنسى ، نص عام على هذا الدفع ، مع أهميته : ونحن انما نصل الى تقريره من طريق جمع تطبيقات له متفرقة ، نص عليها التقنين ، واستنباط قاعدة كلية من هذه الجزئيات .

أما التقنينات الحديثة فقد أوردت نصوصا عامة فى هذا الدفع ، يجدر بنا أن نتأمل فيها ، فقد نصت المادة ٣٢٠ من التقنين الألمانى على ما يأتى : « كل

---

(١) Art. 22. Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec la prestation de l'autre, de telle sorte que, suivant les circonstances, il soit à présumer que son consentement n'a pas été suffisamment libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat ou réduire les obligations.

من كان ملتزما بموجب عقد ملزم للجانبين ، يجوز له أن يمتنع عن القيام بالتزامه ، حتى يتحقق تنفيذ الالتزام المقابل ، الا اذا كان قد التزم بتنفيذ التزامه أولا [١] .

ونصت المادة ٨٢ من قانون الالتزامات السويسرى على أن « من يطالب بتنفيذ عقد ملزم للجانبين يجب أن يكون قد نفذ ، أو عرض أن ينفذ ، التزامه هو ، الا اذا كان متتفعا بأجل مشروط فى العقد أو مستخلص من طبيعته [٢] .

وتقضى المادة ٤٨ من المشروع الفرنسى الايطالى بأنه « فى العقود الملزمة للجانبين ، يجوز لـكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، اذا لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به هو ، ما لم يكن قد تحـددت مواعيـد مختلفـة لتنفيـذ الالتزامين [٣] » .

على أننا نلاحظ على كل هذه النصوص أنها مقصورة على دائرة العقود الملزمة للجانبين ، مع أن الدفع بعدم التنفيذ أوسع نطاقا من هذه الدائرة . فحيث يوجد شخصان ملتزمان كل منهما للآخر ، سواء نشأ الالتزامان أو أحدهما من عقد ملزم للجانبين ، أو من عقد ملزم لجانب واحد ، أو من غير عقد أصلا ، وكان هناك ارتباط ما بين هذين الالتزامين ، فلا يجوز لأحدهما أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه ، ما لم يقم من جانبه بتنفيذ ما التزم به . فنحن نرمى بهذا المبدأ

(١) Art. 320. Quiconque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier.

(٢) Art. 82. Celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat.

(٣) Art. 48. Dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant peut refuser d'exécuter son obligation si l'auteur n'exécute pas la sienne, à moins qu'il n'ait fixé des dates différentes pour l'exécution des deux obligations.

دائرة واسعة للدفع بعدم التنفيذ . ونرى ربط ما نسميه « حق الحبس » بهذا الدفع فما حق الحبس هذا الا تطبيق من تطبيقاته ، وليس هو بالحق العينى كما زعم مشرعنا (م ١٩/٥) .

الاشتراط لمصلحة الغير : تطور هذا المبدأ تطورا خطيرا . وكان قد ورد فى التقنين الفرنسى على أنه استثناء ضيق من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا يكسب حقا للغير ، وحدد هذا الاستثناء بقيود معروفة . وورد فى التقنين المصرى فى عبارة غامضة ، أشرنا اليها غير مرة ، ثم ما لبث أن نقض بالمبدأ العكسى ، حيث قرر المشرع المصرى أن العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقديها . فجاء هذا المبدأ الخطير مضطربا حائرا فى كل من التقنينين . و يستحيل على من يقرأ النصوص التى وردت فيهما متعلقة بهذا المبدأ أن يدرك منها أن الاشتراط لمصلحة الغير لم يعد استثناء ، بل أصبح هو القاعدة ، بحيث يجوز لكل شخص أن يتعاقد مع آخر ، مشترطا حقا يكسبه الغير من هذا التعاقد .

وهذا ما تولت التقنينات الحديثة تقريره فى وضوح وجلاء . فقرر التقنين الألمانى هذا المبدأ العام فى المادة ٣٢٨ . وهى تقضى بأنه « يجوز اشتراط القيام بالتزام للغير ، بمقتضى عقد ، يكسب الغير منه مباشرة حق تقاضى هذا الالتزام [١] » . ثم أورد نصوصا أخرى كثيرة ، تفصل قواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، وهى القواعد المعروفة .

أما قانون الالتزامات السويسرى فقد نص فى المادة ١١٢ على أن « من اشترط ، وهو يتعاقد باسمه ، التزاما لمصلحة الغير ، كان له الحق فى أن يطلب تنفيذ هذا الالتزام لفائدة الغير . ويجوز للغير أيضا ، ولخلفه ، أن يطلب التنفيذ

---

(١) Art. 328. Par contrat peut être stipulée une prestation à faire à un tiers avec cet effet que le tiers acquière directement le droit de poursuivre la prestation.

بنفسه ، اذا كان هذا هو نية المتعاقدين ، أو قضى العرف بذلك [١] » .

وينص المشروع الفرنسي الايطالي في المادة ٤٥ على ما يأتي : « يجوز أن يشترط شخص ، يتعاقد باسمه ، حقا للغير ، اذا كان له مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ هذا الالتزام . ويكسب الغير ، بمقتضى هذا الاشتراط ، حقا في ذمة المتعهد ، اذا لم يوجد اتفاق يقضي بعكس ذلك . على أن للمشترط أن ينقض ما اشترطه ، الى أن يعلن الغير ارادته في أن ينتفع بالحق [٢] » .

وكل هذه نصوص صريحة في جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، يجدر بنا أن نحتذيها في تقنيننا الجديد .

نصوص أخرى : ويضيق بنا المقام ، لو ذكرنا كل النصوص التي يصح أن نهتدي بها في التقنينات الحديثة . فنكتفي هنا بالاشارة الى بعضها . فمن ذلك النص الخاص بنظرية تحويل العقد في القانون الألماني (م ١٤٠) . والنصوص الخاصة بمسئولية عديم التمييز مسئولية تقصيرية (أنظر م ٨٢٩ ألماني و م ٥٤ التزامات سويسري و م ٧٦ من المشروع الفرنسي الايطالي) . والنصوص الخاصة بقاعدة الاثراء بلا سبب (أنظر م ٨١٢ ألماني — و م ٦٢ من قانون الالتزامات السويسري و م ٧٣ من المشروع الفرنسي الايطالي) . والنصوص الخاصة بجواز حوالة الدين ، على نسق حوالة الحق (أنظر م ٤١٤ الى ٤١٩ من التقنين الألماني و م ١٧٥ الى ١٨٣ من قانون الالتزامات السويسري) . وغير ذلك .

---

(١) Art. 112. Celui qui, en agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties ou tel est l'usage.

(٢) Art. 45. On peut stipuler en son propre nom au profit d'un tiers lorsqu'on a un intérêt personnel, matériel ou moral, à l'exécution de l'obligation. Par l'effet de la stipulation et sauf convention contraire, le tiers acquiert un droit contre le promettant : toutefois, celui qui a fait cette stipulation peut la révoquer jusqu'à ce que le tiers ait déclaré vouloir en profiter.

ولا ننسى أن حركة التقنين الحديثة تنتظم جميع البلاد ، وان كل تقنين حديث يظهر يحمل أثر التقنينات التى سبقته . فالتقنين السويسرى أخذ من التقنين الألمانى ، والمشروع الفرنسى الايطالى أخذ عن كل من التقنينين . وعن هذه التقنينات أخذ غيرها من التقنينات الأخرى . فهناك ارتباط لا ينكر بين التقنينات الحديثة بعضها بالبعض الآخر . ولا يسع أمة أن تنعزل فى تقنينها عن تقنينات غيرها من الأمم ، والا حرمت نفسها من ثمرات تجارب هذه الأمم دون أن تستفيد من عزلتها شيئا . وانما يطلب من الأمة الرشيدة ألا تقلد غيرها تقليدا أعمى ، فلا تنقل عن تشريع أجنبى الا ما يتلاءم مع حالتها .

جـ — الشريعة الاسلامية

أهمية الشريعة الاسلامية من الناحية التاريخية : يجب أن تنال الشريعة الاسلامية نصيبا كبيرا ، من عناية المشرع المصرى عند تنقيح التقنين . فقد كانت شريعة البلد قبل العمل بالقوانين الحالية . ولا تزال شريعة البلد فى قسم كبير من القانون المدنى ، هو قسم الأحوال الشخصية ، وفى بعض موضوعات من قانون المعاملات .

واستقاء تشريعنا ، بقدر الامكان ، من مصدر الشريعة الاسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة ، ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقا ، بل ينمو ويتطور ، ويتصل حاضره بماضيه .

أهمية الشريعة الاسلامية من الناحية العلمية : هذا من الناحية التاريخية . أما من الناحية العلمية ، فالشريعة الاسلامية تعد فى نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية فى العالم . وهى تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن . ولا نعرف فى تاريخ القانون نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانونى الدقيق ، يضاهى منطق القانون الرومانى ، الا الشريعة الاسلامية .

فاذا كان لنا هذا التراث العظيم ، فكيف يجوز أن نفرط فيه !

لا نتردد فى الاشارة بوجوب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى

كثير من الموضوعات ، التي يكون الرجوع فيها الى هذه الأحكام ممكنا ، فان منها ما يقوم على مبادىء تضاهي أو تفوق أحدث المبادىء القانونية فى العصر الحاضر .

ولا يجوز أن تنخدع بهذه النظرية السطحية التي يلقيها البعض على الشريعة الاسلامية ، فيعتقد فيها عدم الصلاحية والجمود ، فانها نظرة خاطئة . فالشريعة الاسلامية قد تطورت كثيرا ، وتستطيع أن تتطور ، حتى تماشى المدنية الحاضرة . وقد أنصفها الدكتور انريكو أنساباتو (Enrico Insabato) حين قال : « ان الاسلام اذا كان محدودا غير متغير فى شكله يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة . فهو يستطيع أن يتطور ، دون أن يتضاءل ، فى خلال القرون ، ويبقى محتفظا بكامل ما له من قوة الحياة والمرونة .... (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الاسلامية ، أو أن تغفله ، أو أن تمسه بسوء ، فهو الذي أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتا ، شريعة تفوق فى كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية [1] » . وينصح الأستاذ بيولا كازيللي ، فى مقاله الذي سبقت الاشارة اليه ، بالأخذ من مبادىء الشريعة الاسلامية ، فان هذا أكثر اتفاقا مع روح البلد القانونية [2] .

---

(١) الدكتور انساباتو : الاسلام وسياسة الحلفاء ص ١٤٥ — ص ١٤٦ .

(٢) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٥ . واذا كان بعض المستشرقين ، كالاستاذين شنوك هير جرونج وجولد زيهر ، خيل له أن مبادىء الشريعة الاسلامية جامدة لا تتطور ، فذلك يرجع الى أن هؤلاء المستشرقين ليسوا من رجال القانون ، فهم ينظرون الى الشريعة الاسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه ، والا فان رجال القانون ممن درسوا الشريعة الاسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين فى نظرتهم الى الشريعة . ويكفي أن نشير الى الفقيه الألماني الكبير كوهلر (Kohler) والى الأستاذ الايطالي دلفكشيو (Del Vecchio) عميد كلية الحقوق بروما والى العميد الامريكي ويجمور (Wigmore) والى كثيرين غيرهم من الفقهاء ، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها الى جانب القانون الروماني والقانون الانجليزي ، احدى الشرائع الاساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم .

وقد أشار الأستاذ لامبير (Lambert) ، الفقيه الفرنسي المعروف ، فى المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد فى مدينة لاهاى سنة ١٩٣٢ ، الى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا فى العصر الحاضر (أنظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس . القسم الافرنجي ص ٣٠١ — ٣٠٢) .

حاجة الشريعة الاسلامية الى حركة تجديد علمية : لا ننكر أن الشريعة الاسلامية فى حاجة الى حركة علمية قوية ، تعيد لها جدتها ، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكرى الذى ساد الشرق منذ أمد طويل ، وتكسر عنها أغلال التقليد الذى تقيد به المتأخرون من الفقهاء .

وقد اقترحنا فى كتاب « الخلافة [1] » أن ترتكز هذه الحركة العلمية على دراسة الشريعة الاسلامية طبقا للأساليب العلمية الحديثة وفى ضوء القانون المقارن . وتقوم هذه الدراسة الجديدة على أساس التمييز ما بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية . فالأولى لا شأن لنا بها ، وانما نعنى بالأخيرة . فنميز فيها بين حكم اقتضاه اقتران الدين بالفقه الاسلامى ، وهذا يبقى محترما ولكن فى العقيدة والقلب اذ هو مرتكز على الدين ، وحكم قائم على أساس المنطق القانونى المحض ، وهذا هو الذى يدخل فى دائرة بحثنا العلمى . ثم نميز أيضا ، فى هذه الأحكام القانونية المحضة ، بين المبادىء العامة الشاملة ، وهذه هى الأسس التى تبقى ، والأحكام التفصيلية التطبيقية ، وهذه هى التى تتطور حتى تماشى الزمن .

ولا ننسى أن بين المصادر الأربعة للشريعة الاسلامية مصدرا هو الاجماع ، نعتبره مفتاح التطور فى هذه الشريعة ، فهو الذى يكفل لها حياة متجددة تتمشى مع مقتضيات المدنيات المتغيرة .

ظهر الاجماع ، فى أول مراحله ، فأعطى العادات مكانا بين المصادر القانونية . فكان مالك يأخذ باجماع أهل المدينة ، أى عاداتهم ، باعتبار أنهم اذا اعتادوا شيئا وأجمعوا عليه كان من ذلك قرينة على أنهم قلدوا فيه صاحب الرسالة وكان مقيما بين ظهرانيهم . ثم استخدم الفقهاء الاجماع ، فى مرحلة ثانية ، ليجعلوا من اتفاق الصحابة على رأى قانونا ملزما . واستخدموه ، فى مرحلة ثالثة ، ليخلص لهم هذا القانون الملزم من اتفاق الأجيال الأخرى من المجتهدين غير الصحابة .

---

(١) « الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية » : باريس سنة ١٩٢٦ ص ٥٨٠ — ص ٥٨٦ و ص ١٢ — ص ١٦ .

فالاجماع فى المرحلة الأولى كان شيئا يصدر عن غير قصد ، بل عن غير شعور : عادة ألفها الناس فصارت محترمة . أما فى المرحلتين الأخريين ، فهو يصدر عن شعور ، وان لم يصدر عن اتفاق مقصود . فلو تطور الاجماع ، فى مراحله المنطقية ، وجب أن يصل الى مرحلة يصدر فيها عن هذا الاتفاق المقصود ، ولا يكتفى فيه بالاتفاق العرضى . فيجتمع المسلمون ، أو نواب عنهم ، ويستعرضون مسائلهم ويقررون فيها أحكاما تتفق مع حضارة زمنهم ، وهذه الأحكام تكون تشريعا . وبذلك يكون الاجماع عنصر التجديد فى الشريعة الاسلامية ، يحتفظ لها بمرونتها وبقدرتها على التطور .

صلاحية الشريعة الاسلامية ، حتى فى حالتها الراهنة ، لأن تكون مصدرا للتقنين المصرى : ومهما يكن من أمر الشريعة الاسلامية ، وحاجتها الى حركة التجديد التى نشير اليها ، فانها ، حتى فى حالتها الراهنة ، تصلح مصدرا خصبا يستمد منه المشرع المصرى كثيرا من المبادىء القانونية فى تقنينه الجديد .

وما لنا نذهب بعيدا . ألم يأخذ المشرع المصرى فعلا بكثير من أحكام الشريعة الاسلامية فى تشريعنا الحاضر . وهذه محاكمنا الأهلية والمختلطة — دع المحاكم الشرعية — تطبق كل يوم هذه الأحكام فى الوقف والشفعة والأهلية وغيرها من المسائل المتغلغلة فى صميم المعاملات المدنية . ألم تطبق هذه الأحكام على المصريين والأجانب على السواء ، فلم يشعر أحد أنها دون أحكام القوانين الحديثة الراقية ؟ ألم تقنن أحكام الشريعة الاسلامية فى بعض الموضوعات ، كالشفعة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، فلم يضق التقنين بها ، بل جعلها تبرز فى حلة لم ينكر معها أحد على الشريعة صلاحيتها للتقنين والتطبيق ؟

لماذا نتردد اذن فى المضى فى هذا الطريق ، وقد سار فيه مشرعنا ، منذ خمسين عاما ، شوطا بعيدا ، نتعقبه فيه هنا . فنذكر ما أخذه قانوننا بالفعل من الشريعة الاسلامية . ثم نبين بعد ذلك ما لا يزال ممكنا أن نأخذ به من مبادىء الشريعة فى تقنيننا الجديد .

ما أخذه القانون المدنى المصرى من الشريعة الاسلامية

الأحوال الشخصية : لا نقتصر على الاشارة الى أن نصف القانون المدنى ، وهو القسم المتعلق بالأحوال الشخصية تطبق فيه أحكام الشريعة الاسلامية ، ولا الى أن هناك كثيرا من المسائل التى تتقاسمها الأحوال الشخصية والمعاملات ، كالهبة والوقف والحكر ، يرجع فيها الى أحكام هذه الشريعة . ولكن نريد أن نبين أن المشرع المصرى لم يغفل الشريعة الاسلامية حتى فى القسم الخاص بالمعاملات المحضة .

المعاملات : أخذ مشرعنا ، فى القانونين الأهلى والمختلط ، عن الشريعة الاسلامية فى المعاملات بعضا من نظمها الرئيسية كالشفعة ، و بعضا من أحكامها التفصيلية مما سنشير اليه فيما يلى . وهذه الأحكام تطبقها المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية على المسلمين وغير المسلمين ، والمصريين وغير المصريين . وقد أثبتت التجارب صلاحيتها للتطبيق على غير المسلم .

ولم يكن لمشرعنا خطة منطقية ظاهرة فى الأخذ ببعض أحكام الشريعة الاسلامية . والظاهر أنه لم يضع لنفسه خطة ما . بل التقط بعض أحكام هذه الشريعة ، ووضعها فى أماكن متفرقة من التقنين ، أهمها حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية وعقد البيع والايجار . وقد دفعه الى ذلك أسباب مختلفة .

الأسباب التى حملت المشرع المصرى على الأخذ من الشريعة الاسلامية : فهو تارة يحترم عادات البلاد وتقاليدها ، خصوصا فى الحقوق العينية وفى العقود كثيرة الذيوع ، كما فعل فى حقوق الارتفاق وفى اكتساب حق الملكية بالشفعة وفى جعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، وكما فعل فى بعض أحكام البيع والايجار .

وهو طورا يتأثر فى الحكم الذى ينقله بصلته الوثيقة بقانون الأحوال الشخصية ، كما فى بيع المريض مرض الموت ، فقد أنزله على حكم الوصية .

وهو ثالثة يخضع فى ايراد الحكم للمنطق القانونى الصحيح . فيعدل عن قاعدة فى القانون الفرنسى الى أخرى مختلفة عنها فى الشريعة الاسلامية ، لأن هذه أكثر تمشيا مع القواعد العامة . كما فعل فى تحميل هلاك الشيء المبيع المعين قبل التسليم للبائع لا للمشترى .

وهو رابعة ينقل الحكم من الشريعة الاسلامية ، حتى لا يتورط فى نقل مبادىء القانون الفرنسى الى بلد لم تألفها ، كما فعل فى اشتراط قبول المدين لحوالة الحق فى القانون الأهلى دون المختلط .

كيف اتصل المشرع المصرى بمصادر الشريعة الاسلامية : أما كيف اتصل مشرعنا بالشريعة الاسلامية ، فذلك ما ليس بجلى فى تاريخ وضع تقنيناتنا . والظاهر أن اتصاله بها كان محدودا . ولم يكن ما نورى ولا موريوندو بالمتصلين اتصالا خاصا بهذه الشريعة . ولو أنهما كانا يعرفانها معرفة كافية ، لكان من المحتمل أن يستفيدا منها أكثر مما فعلا . وقد كانا ، قبل أن يعهد اليهما بوضع التقنين المصرى ، محاميين يمارسان مهنتهما فى مصر . فمن المحتمل أنهما اتصلا بالشريعة الاسلامية أثناء ممارستهما للمحاماة وبحكم اقامتهما فى مصر ، فان كثيرا من الأقضية بين المصريين والأجانب كان يحتاج فيها الى معرفة أحكام الشريعة الاسلامية . ثم انهما ، بعد أن عهد اليهما بوضع التقنين ، كان لا بد لهما من التعرف ببعض أحكام هذه الشريعة التى كانت قانون البلد فى ذلك العصر . ولا نزال نجهل الى أى مصدر لجأ لمعرفة هذه الأحكام . قد يكون الأمر مقصورا على أنهما اتصلا ببعض فقهاء الشريعة الاسلامية الرسميين وبعض علماء الأزهر الشريف ، وقد قدمنا أن موريوندو كان يستعين بالأستاذ البحراوى مفتى نظارة الحقانية فى ذلك الوقت . وقد يكونان ذهبا مباشرة الى مصادر الشريعة الاسلامية فى كتبها المؤلفة أو المترجمة ، وأن كان ذلك بعيد الاحتمال . وقد يكونان استعانا بالمجلة العثمانية ، وقد قننت فيها أحكام الشريعة الاسلامية ، وكان ظهورها حديثا فى ذلك العصر (سنة ١٨٦٩) . أما كتب المرحوم قدرى باشا فلم تكن قد

ظهرت بعد ، وان كان من الممكن أن يكون قد استعين بقدرى باشا نفسه ، وكان ناظرا للحقانية فى سنة ١٨٨١ .

ومهما يكن من الأمر ، فان الثابت شيئان : الأول أن مانورى هو الذى بدأ الأخذ بالشريعة الاسلامية فى بعض أحكامها فى التقنين المختلط الذي وضعه . وقد قلده موريوندو فيما أخذه ، وقلما حاد عنه فى ذلك ، فما عدا بعض مسائل تفصيلية (كحذف بيع المحصول المستقبل ، وكاضافة وجوب رضاء المحال عليه فى حوالة الحق) فان نصيب التقنين الأهلى من الشريعة الاسلامية هو نفس نصيب التقنين المختلط . والشىء الثانى أن كلا من مانورى وموريوندو كانا محدودى العلم بأحكام الشريعة الاسلامية ، الى حد أنهما كانا يخطئان فى نقلها فى بعض الأحوال ، كما فعلا فى بيع المريض مرض الموت .

تفصيل ما أخذه المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية : والآن نذكر الأحكام التى استمدها المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية ، وهى متصلة بالموضوعات الآتية : حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية والبيع والحوالة والايجار والكفالة .

حقوق الارتفاق :

(١) نقل المشرع المصرى الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل عن الشريعة الاسلامية . فليس فى القانون الفرنسى الا نص واحد مقتضب فى هذا الموضوع ، هو المادة ٦٦٤ . أما القانون المصرى ، فعلى ايجازه قد تضمن أربع مواد (٣٤/٥٥ — ٣٧/٥٨) ، اذا قوبلت بأحكام الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٤ — ٦٨ من كتاب مرشد الحيران) أمكن أن نلاحظ التشابه الكبير بينها .

(٢) وفى الحائط المشترك أورد المشرع المصرى نصا (م ٣٨/٥٩ — ٦٠) يختلف فى الحكم عن نص القانون الفرنسى (م ٦٥٣) ، ويتفق مع حكم الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٩ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) وقد أورد المشرع المصرى فى أول نص تكلم فيه على حقوق

الارتفاق (م ٣٠/٥١) حكما يقضى بالرجوع الى عرف البلد ، وعرف البلد هنا هو الشريعة الاسلامية ، وقد فسرته المحاكم بذلك .

أسباب اكتساب الملكية :

(٤) وفى أسباب اكتساب الملكية أخذ المشرع المصرى بسبب منها ، لا يعرفه القانون الفرنسى ، وهو الشفعة . وقد استمد أحكامها من الشريعة الاسلامية ، ثم صدر قانون معدل لهذه الأحكام (٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للمحاكم المختلطة و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للمحاكم الأهلية) . ولكنه لم يعد مبادىء الشريعة الاسلامية ، كالتقنين الذى سبقه .

(٥) وفى التقادم خالف المشرع المصرى القانون الفرنسى فى تحديد مدته الطويلة ، فجعلها خمس عشرة سنة بدلا من ثلاثين ، متفقا فى هذا مع الشريعة الاسلامية . وأنقص المدة القصيرة تبعا لذلك الى خمس سنوات . وفى الوقف والميراث تأخذ المحاكم بمدة التقادم فى الشريعة الاسلامية وهى ثلاث وثلاثون سنة . على أن هناك فرقا بين تقادم الشريعة الاسلامية وتقادم القانون المصرى المأخوذ من القانون الفرنسى ، فى أن التقادم الأول مقصور على منع سماع الدعوى ، أما التقادم الآخر فوسيلة لكسب أو اسقاط الحق ذاته .

البيع : وقد أخذ المشرع المصرى فى البيع أحكاما كثيرة عن الشريعة الاسلامية :

(٦) فأخذ بخيار الرؤية ، ونقل أحكام هذا الخيار عن الشريعة الاسلامية ، فى النصوص التى وضعها لذلك (م ٢٥٠ — ٢٥٣/٣١٦ — ٣١٨) .

(٧) وأخذ بحكم الشريعة الاسلامية فى بيع المريض مرض الموت ، وجعل هذا البيع فى حكم الوصية (م ٢٥٤ — ٢٥٦/٣٢٠ — ٣٢٣) .

(٨) وأخذ القانون المختلط ، دون القانون الأهلى ، بحكم الشريعة الاسلامية فى تحريم بيع المحصولات المستقبلة (انظر م ٣٣٠ — ٣٣١) .

(٩) وكذلك أخذ القانون المختلط بسقوط حق البائع فى حبس الشىء المبيع

اذا حول بالثمن على المشترى . فنصت المادة ٣٥٢ مختلط على أنه ليس للبائع أن يمتنع من التسليم اذا حول على المشترى بجميع الثمن أو بجزء منه . ولا مقابل لهذا النص فى القانون الأهلى ، ولا فى القانون الفرنسى . وحكم النص متفق مع حكم الشريعة الاسلامية ، وقد أورد صاحب كتاب مرشد الحيران هذا الحكم كما يأتى : م ٤٥٦ : اذا أحال البائع أحدا على المشترى بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئا ، أو بما بقى له منه ان كان لم يقبضه كله ، وقبل المشترى الحوالة ، سقط حق البائع فى حبس المبيع . ثم كمل هذا الحكم بما ورد فى المادة ٥١١ من كتاب مرشد الحيران ، ونصها ما يأتى : « اذا أحال البائع بالثمن على المشترى ، فدفعه الى المحال ، ثم استحق المبيع بالبينة ، يرجع المشترى بالثمن على البائع لا على المحتال » .

(١٠) وأهم حكم فى البيع أخذه المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية هو حكم هلاك الشىء المبيع قبل التسليم اذا كان معينا ، فانه يهلك على البائع طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، وقد نقل القانون المصرى هذا الحكم عنها (م ٢٩٧/٣٧١) ، دون القانون الفرنسى الذى يجعل الهلاك على المالك وهو المشترى (م ١١٣٨ فرنسى) . وحكم الشريعة الاسلامية أكثر تمشيا مع القواعد العامة ، فانه متى ثبت أن البائع لا يستطيع تسليم الشىء المبيع لهلاكه فى يده ، فقد عجز عن القيام بأحد التزاماته وهو الالتزام بالتسليم ، وأمكن المشترى أن يفسخ البيع ، وأن يسترد الثمن اذا كان قد دفعه ، فيتحمل البائع تبعة الهلاك .

(١١) وفى ضمان العيب الخفى ، أخذ المشرع المصرى بحكم الشريعة الاسلامية فى حالة بيع جملة أشياء معينة ، ظهر ببعضها عيب قبل التسليم أو بعده ، فنص على فسخ البيع فى كل المبيع اذا ظهر العيب قبل التسليم (م ٣١٦/٣٩٠) ، وعلى فسخه فيما ظهر فيه العيب فقط اذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر ، اذا ظهر العيب بعد التسليم (م ٣١٧/٣٩١ — ٣٩٢) . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية (م ٥٣٣ و م ٥٣٤ من كتاب مرشد الحيران) ، ولا مقابل لهذه النصوص فى القانون الفرنسى .

كذلك اذا حدث بالبيع عيب جديد الى جانب العيب القديم ، فقد أورد القانون المختلط (م ٣٩٩ و م ٤٠١) ، دون القانون الأهلى ، حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٥٣٧ و ٥٣٨ من كتاب مرشد الحيران) . وليس فى القانون الفرنسى مقابل لذلك .

ونقل المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية طريقة انقاص الثمن فى الأحوال التى يجوز فيها للمشترى طلب ذلك ، رجوعا بضمان العيب الخفى . فيكون باعتبار قيمة المبيع خاليا من العيب وقيمته معيبا وتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه (م ٣١٩/٣٩٤) . وهذا ما تقرره الشريعة الاسلامية ، اذ يقوم المبيع سالما ، ثم يقوم معيبا . وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى ، و بمقتضى تلك النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان (م ٥٣٩ مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى ، فلا يفصل طريقا لانقاص الثمن ، بل يكل الأمر فى ذلك لأهل الخبرة (م ١٦٤٤ فرنسى) .

(١٢) وفى الغبن يأخذ المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية دون القانون الفرنسى . فلا يجيز الطعن فى البيع للغبن الا اذا كان البائع قاصرا مغبونا فى أكثر من خمس قيمة العقار (م ٣٣٦ / ٤١٩) ، وهذا هو المقدار الذى تقدره الشريعة الاسلامية للغبن الفاحش ، وتقصره على القاصر دون البالغ (م ٣٠٠ و م ٥٤٦ من مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسي فيعطى حق الطعن بالغبن للبالغ أيضا ، و يتطلب أن يكون مقدار الغبن زائدا على $\frac{٧}{١٢}$ من قيمة الشيء المبيع (م ١٦٧٤ فرنسى) . على أن القانون الفرنسى المصرى يختلف عن الشريعة الاسلامية فى أنه يقصر دعوى الغبن على العقار دون المنقول ، و يعطى البائع الحق فى تكملة الثمن لا فى البطلان .

الحوالة :

(١٣) و يتطلب القانون الأهلى ، دون القانون المختلط ، رضاء المدين

فى حوالة الحق (م ٣٤٩) ، جريا على حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٨٨٢ مرشد الحيران) .

الايجار :

(١٤) وفى الايجار يلزم القانون المصرى المؤجر بتسليم العين فى الحالة التى هى عليها (م ٣٦٩/٤٥٢) ، ولا يكلفه القيام بعمل أى مرمة (م ٣٧٠/٤٥٣) ، متفقا فى هذا مع حكم الشريعة الاسلامية (م ٦٤٢ و م ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران) ، ومختلفا مع حكم القانون الفرنسى ، الذى يوجب تسليم العين فى حالة حسنة من الترميم ويلزم المؤجر باجراء الترميمات اللازمة (م ١٧٢٠ فرنسى) .

(١٥) ونقل المشرع المصرى حكم غرس الأشجار فى الأرض المؤجرة (م ٣٩٤ — ٣٩٥/٤٨١ — ٤٨٢) من الشريعة الاسلامية (م ٦٧٧ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لذلك فى القانون الفرنسى . ولم تفرق الشريعة الاسلامية ، دون مبرر لذلك ، بين الأشجار والبناء ، كما فعل القانون المصرى .

الكفالة :

(١٦) ونقل المشرع المصرى حكم كفالة النفس (م ٥٠٨/٦٢٠ — ٦٢١) عن الشريعة الاسلامية (م ٨٤٨ — ٨٥١ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لهذه النصوص فى القانون الفرنسى .

ما يمكن أخذه من الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين المدنى

أسلوب منطقى للاقتباس من أحكام الشريعة الاسلامية : على أن ما يمكن أخذه من مبادىء الشريعة الاسلامية ، مما يتمشى مع أرقى وأحدث المبادىء القانونية ، هو أجل شأنا وأكبر خطرا مما أخذه مشرعنا المصرى .

ونرسم أولا اسلوبا منطقيا نجرى عليه فى الاقتباس من أحكام الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين . وعندنا أن الشريعة الاسلامية يفيد الرجوع اليها فى شيئين : (أولا) فى ترقية مبادىء القانون المصرى ، (ثانيا) فى سد وجوه النقص فيه .

أما ترقية مبادىء التشريع فذلك يكون على وجهين : (١) من طريق النظريات العامة التى تتمشى على جميع نواحى القانون. فهناك من هذه النظريات ما نجده فى الشريعة الاسلامية متفقاً مع أحدث النظريات التى تقررها القوانين الحديثة . فمثل هذه النظريات يجب ألا نتردد فى الأخذ به ، لا لأنه مقرر فى القوانين الحديثة ، فهذا وحده لا يكفى ، اذ قد تقرر هذه القوانين نظريات صالحة للبلاد التى نبتت فيها ، ولكنها لا تصلح لنا . وانما نأخذه لأن الشريعة الاسلامية وهى شريعة البلاد فى الماضى ولا تزال جزءا من شريعته فى الحاضر ، قد أخذت بهذه المبادىء ، فهى اذن مبادىء تتفق مع تقاليدنا القانونية . (٢) هناك مبادىء قانونية أقل شيوعا من النظريات المتقدمة . وهى مبادىء أخذت فى الظهور فى بعض القوانين الحديثة . ولا تزال محلا للنظر والمقنن المصرى سيقف أمامها فى شىء من الحيرة ، أيأخذ بها أم يدعها . فيستطيع أن يستعين بالشريعة الاسلامية ، ليبت فى موقفه منها . فان كان لها أصل فى الشريعة كان هذا مرجحا للأخذ بها فى التقنين المصرى .

أما سد وجوه النقص فى التشريع المصرى فذلك يكون أيضا على وجهين : (١) هناك أحكام تنقص تشريعنا ، ولا يزال مكانها شاغرا لم يملأه القضاء ، ونحسن كثيرا لو ملأنا هذا المكان بأحكام الشريعة الاسلامية ، مما يكون أقرب لتقاليدنا ، وهو بعد متفق مع المبادىء القانونية الحديثة ، بل قد يكون أرقى منها . (٢) ثم ان هناك وجوه نقص فى التشريع المصرى ، قد سدها القضاء بأحكامه . وقد اتفق القضاء فى هذه المسائل مع ما قررته الشريعة الاسلامية فيها من الأحكام . فنسجل فى تقنيننا الجديد هذه الأحكام ، مستندين فيها الى القضاء والى الشريعة الاسلامية .

ونحن نقتصر هنا على ايراد بعض الأمثلة لكل من الوجوه الأربعة المتقدمة . ولا نحاول الحصر فى أى وجه منها ، فذلك مما يضيق به نطاق هذا البحث .

نظريات عامة تمشى على جميع نواحى القانون : نقتصر هنا على بيان النزعة المادية المتغلبة فى الشريعة الاسلامية ، والتى يمكن أن نستفيد منها عند مراجعة التقنين المدنى ، ونظرية سوء استعمال الحق المعروفة .

(١) **النزعة المادية فى الشريعة الاسلامية :** يمكن تقسيم الشرائع الى قوانين تتغلب فيها النزعة الشخصية أو النفسية ، وهذه هى الشرائع اللاتينية بوجه عام . وأخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية ، وهى الشرائع الجرمانية والشريعة الانجليزية .

وتختلف هذه الشرائع بعضها عن البعض الآخر فى نظرتها الى النظم القانونية . فالشرائع الشخصية تغلب فى الالتزام عنصره الشخصى دون موضوعه المادى . وتنظر الى العقد نظرة شخصية ، فتعتبر الارادة الباطنة النفسية دون الارادة الظاهرة المادية . واذا وضعت معايير فهى معايير نفسية تعتبر فيها النية الباطنة ، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفته الناس فى التعامل . وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك . والنزعة المادية فى القانون دليل على تقدمه وحرصه على ثبات المعاملات واستقرارها .

فاذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الاسلامية ، فهذه النزعة مادية . واذا كانت العبرة فى هذه الشريعة بالمعانى دون الألفاظ ، الا أن المعانى التى تقف عندها هى التى تستخلص من الألفاظ . فالعبرة فيها بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة . ومن هنا تدقق الفقهاء ، فى كثير من المواطن ، فى تحديد معانى الألفاظ التى تصدر من الشخص ، ويرتبون على اختلافها اختلافا فى الحكم . وهم فى ذلك ليسوا متنطعين يضحون المعنى للفظ ، كما يتوهم البعض ، بل هم يتلمسون من وراء هذا أن يقفوا عند الارادة الظاهرة ، التى يدل عليها اللفظ المستعمل ، حفظا لثبات المعاملات واستقرارها . ولا يجرون وراء النيات المستترة والضمائر الخفية ، مما لا يمكن معه ضبط التعامل . كذلك نجد معايير الشريعة الاسلامية معايير

مادية تنزل عند المألوف المتعارف بين الناس . وسيتبين ذلك بشىء من الوضوح فى بعض النظريات التى نستعرضها فيما يلى .

ولا شك فى أن تقنيننا المدنى يكسب كثيرا لو أخذ شيئا من هذه النزعة المادية يمزج بها النزعة الشخصية المتغلغلة فيه من طريق القانون الفرنسى ، فتتزن نصوصه ، وتنضبط أحكامه .

(٢) نظرية سوء استعمال الحق : سبق أن أشرنا الى بعض نصوص فى التقنينات الحديثة تقرر نظرية سوء استعمال الحق . وذكرنا أنه يجدر بالمشرع المصرى أن يختار نصا يقرر به هذه النظرية الخطيرة فى التقنين الجديد .

فاذا رجعنا الى الشريعة الاسلامية ، رأيناها تقرر نظرية سوء استعمال الحق فى أوسع مدى ، ورأينا هذه النظرية أكثر تقدما فى الشريعة الاسلامية منها فى كثير من القوانين الغربية . فهى لا تقتصر على المعيار الشخصى الذى اقتصرت عليه أكثر القوانين ، بل تضم اليه معيارا ماديا ، وتقيد كل حق بالغرض الاجتماعى والاقتصادى الذى قرر من أجله . فيحسن أن يستند المشرع المصرى ، فى أخذه بهذه النظرية ، الى الشريعة الاسلامية ، ويتبع المعيار الذى أخذت به .

وهناك تطبيقات تفصيلية كثيرة لهذه النظرية فى الشريعة الاسلامية ، جديرة بأن يسجلها المشرع المصرى فى نصوص تشريعية فى تقنينه الجديد . نكتفى منها هنا بذكر مثلين : (١) حقوق الجوار : وهى من أهم تطبيقات النظرية . والحق الذى يساء استعماله هنا هو حق الملكية ، يستعمله الجار فيسىء استعماله ويضر جاره . وليس فى التقنين المصرى الحالى نص على ذلك . أما القضاء فقد أخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة الخطيرة ، وقرر صراحة أنه يأخذ بهذه الأحكام . ونوردها هنا كما لخصها صاحب مرشد الحيران :

م ٥٧ : للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريده ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا .

م ٥٩ : الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه ، أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش .

م ٦٠ : يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حادثا .

م ٦١ : سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه . وان فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر .

م ٦٢ : رؤية المحل الذى هو مقر النساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ احداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره . وان أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر ، اما بسد الشباك أو ببناء ساتر . فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان ، فليس للجار طلب سده .

م ٦٣ : ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء جديدا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه .

وهذه الأحكام تتفق مع أرقى ما قررته القوانين الحديثة من المبادىء فى حقوق الجوار (١) .

(ب) التنفيذ على أموال المدين : توجد نصوص فى القانون الفرنسى ، تلزم الدائن الرفق بمدينه عند التنفيذ على أمواله ، فيبدأ ، اذا كان المدين قاصرا ، بالتنفيذ على المنقول ثم على العقار (م ٢٢٠٦ فرنسى) . ولا ينفذ على نصيب شائع مملوك للمدين ، قاصرا كان أو غير قاصر ، قبل افراز هذا النصيب (م ٢٢٠٥ فرنسى) . ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على عقار غير مرهون ، الا اذا كان العقار المرهون غير كاف للوفاء بدينه (م ٢٢٠٩ فرنسى) . واذا

(١) قارن ما وضعه الأستاذ والتون من النصوص فى هذا الموضوع فى مقاله الذى سبقت الاشارة اليه (مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٩٢ — ص ١٩٤) .

أثبت المدين أن ريع عقاراته الصافى مدة سنة كاف لوفاء دينه ، وتنازل عن هذا الريع للدائن ، أوقف القاضى اجراءات التنفيذ التى اتخذها الدائن (م ٢٢١٢ فرنسى) .

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المصرى . الا أن الواجب الرفق بالمدين فلا يتعسف الدائن فى التنفيذ ، والا كان مسيئا لاستعمال هذا الحق . وهذا هو المبدأ الذى قررته الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى المادة ١٦٤ من كتاب مرشد الحيران ما يأتى : « اذا كان المالك مديونا دينا ثابتا عليه شرعا ، يجوز نزع ملكه الزائد عن حوائجه الضرورية المحتاج اليها فى الحال ، ومنها مسكنه الضرورى ، اذا لم يكن له مال من جنس ما عليه من الدين الشرعى . ويباع قضاء ، اذا امتنع عن بيعه بنفسه لقضاء دينه من ثمنه . ويبدأ فى البيع بالأيسر فالأيسر بقدر الدين » .

وما أولى بمشرعنا أن يقتبس من هذا النص ما يكفل به الرأفة بالمدين . فيكون متفقا فى ذلك مع مبادىء القانون الحديثة ، فضلا عن استناده الى الشريعة الاسلامية .

مبادىء قانونية لا تزال محلا للنظر : نذكر من هذه المبادىء ، على سبيل التمثيل ، مسئولية عديم التمييز ، ونظرية تحمل التبعة ، وحوالة الدين ، ونظرية الظروف الطارئة .

(١) *مسئولية عديم التمييز* : تبنى الشرائع اللاتينية المسئولية التقصيرية على أساس نفسى هو الخطأ . وينبنى على ذلك أن الصبى غير المميز والمجنون ، وغيرهما ممن عدم التمييز وفقد الارادة التى يعتد بها القانون ، لا يكونون مسئولين مسئولية تقصيرية ، لأن الخطأ لا يتصور صدوره منهم . ومن هنا تقرر فى القانون الفرنسى ، وفى القانون المصرى تبعا له ، أن عديم التمييز لا يكون مسئولا عما يصدر عنه من الأعمال الضارة ، وانما المسئول هو من كان هذا الشخص تحت رعايته .

أما القوانين الحديثة ، لا سيما القوانين الجرمانية ، فقد عدلت عن هـذا الأساس النفسى فى للمسئولية عن العمل الضار . وأوجبت مسئولية عديم التمييز الى قدر محدود . وحجتها فى ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط الجنائية . واذا كان مفهوما ألا يعاقب شخص الا اذا توافرت عنده الارادة ، لأن هذه الارادة هى التى تبرر المسئولية الجنائية ، فليس بمفهوم أن شخصا ، يتسبب فى الحاق ضرر بمال شخص آخر ، لا يعوض هذا الضرر ، بدعوى أن الارادة تنقصه ، اذ الروابط المدنية انما توجد بين مال ومال ، لا بين شخص وشخص . فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الضرر ، وأن تبنى المسئولية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة الخطأ .

وقد قضى القانون الألمانى فى المادة ٨٢٩ بأن عديم التمييز يلزم بتعويض الضرر الذى أحدثه للغير ، اذا لم يمكن الحصول على هذا التعويض من شخص مسئول عنه ، وبشرط ألا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه . وقضى قانون الالتزامات السويسرى فى المادة ٥٤ بأنه يجوز للقاضى ، اذا اقتضت العدالة ذلك ، أن يلزم شخصا عديم التمييز بتعويض الضرر الذى أحدثه ، كله أو بعضه . ويجيز المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٧٦ للقاضى أن يحكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز ، عن الضرر الذى يصيب به الغير . وقضى قانون السوفييت المدنى (م ٤٠٦) بأنه يجوز الحكم بتعويض على عديم التمييز ، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب . وكذلك قضى المشروع البولونى فى المادة ٢٩ بجواز الحكم بتعويض على عديم التمييز طبقا للظروف .

كل هذه نصوص تقرر مسئولية عديم التمييز فى شىء من التحفظ . فما عسى أن يكون موقف مشرعنا من هذه المسألة ؟ أيبقى على المذهب النفسى اللاتينى الذى انتقل اليه من القانون الفرنسى ، أم يعدل عن هذا المذهب ويأخذ بالمعيار المادى الذى أخذت به القوانين الجرمانية والقوانين الحديثة بوجه عام ؟

نستفتى فى ذلك الشريعة الاسلامية . فنراها تأخذ بالمعيار المادى دون

تحفظ . ونجدها تقرر أن الصبى اذا أتلف مال غيره يلزمه الضمان من ماله ، ولو كان غير مميز . لأنه ، وان كان محجورا فى الأصل ، حتى لا تعتبر تصرفاته القولية ، الا أنه لا يعفى من ضمان الضرر الذى نشأ عن فعله . وان لم يكن له مال ينتظر الى حين الميسرة (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . حتى ان طفلا ، يوم ولد ، لو انقلب على مال انسان فأتلفه ، يلزمه الضمان . وكذا المجنون الذى لا يفيق ، اذا مزق ثوب انسان ، يلزمه الضمان (شرح المجلة ص ٥٣٤ نقلا عن الهندية) .

هذه هى أحكام الشريعة الاسلامية ، تجعلنا نرجح الأخذ بالمذهب المادى ، وهو مذهب القوانين الحديثة .

(٢) *نظرية تحمل التبعة* : ويتصل بما تقدم نظرية تحمل التبعة . فقد تمشى المعيار المادى فى المسئولية التقصيرية الى حد أن قال قوم بحذف فكرة الخطأ بتاتا من هذه المسئولية ، وجعل الغرم بالغنم . فمن تسبب بنشاطه الاقتصادى ، الذى يستفيد منه ، فى احداث ضرر ، وجب أن يتحمل غرم هذا النشاط كما استفاد من غنمه ، حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها . هذه هى نظرية تحمل التبعة . وقد بدأت تسود فى الفقه الحديث . وأخذت بها بعض التشريعات فى أحوال معينة ، أخصها حوادث العمال وحوادث النقل .

أما القانون المصرى فهو بمعزل عن هذا . وقد قدمنا أن المسئولية فيه مبنية على خطأ ثابت . والمحاكم المصرية لا تأخذ حتى بالخطأ المفترض الذى أخذت به المحاكم الفرنسية ، الا فى بعض أحكام قليلة سبقت الاشارة اليها . وأشد ما نشكو منه فى مصر هى حوادث النقل . فان وسائل النقل أصبحت قوية عنيفة ، ولها ضحايا كثيرون ، لا يستطيعون أن ينالوا تعويضا الا اذا أثبتوا خطأ فى جانب من تسبب فى اصابتهم ، وقلما يتمكنون من ذلك .

فما عسى أن يكون موقف المشرع المصرى فى هذا الأمر عند مراجعة التقنين ؟ هل يجارى قضاء بعض المحاكم المصرية فيأخذ بنظرية تحمل التبعة فى حوادث النقل ، ويتمشى فى ذلك مع التشريعات الحديثة . انه ان فعل وجد

مستندا له فى الشريعة الاسلامية . فمن أحكامها أن الاتلاف للباشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدى . فاذا زلق أحد وسقط ، فأتلف مال آخر ضمنه ، ولو كان قد زلق رغما منه ، لأن الاتلاف هنا حدث مباشرة ، وللباشر ضامن وان لم يتعمد (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . ولو أن دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها وأتلفته ، يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشىء مباشرة ، فيضمن فى كل حال (أى دون تعمد أو تعد ، و بعبارة أخرى دون خطأ) . ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة ص ٥٠٨ وما بعدها) . فلو وضعنا الى جانب الدواب السيارات والمركبات البخارية والكهربائية والطيارات ونحوها ، وهـــذا ما استحدثته المدنية الحاضرة ، خلصنا من الشريعة الاسلامية بحكم يقرر مبدأ تحمل التبعة فى حوادث النقل .

(٣) حوالة الدين : من المقرر فى القوانين اللاتينية ، وفى القانون المصرى تبعا لها ، أن الحق الشخصى تجوز حوالته حقا ، ولا تجوز حوالته دينا ، فيصح أن ينقل الدائن حقه الى دائن آخر ، ولكن لا يصح أن ينقل المدين دينه الى مدين يحل محله ، فاذا أريد نقل الدين وجب أن يكون ذلك بطريق تجديده ، والتجديد غير الحوالة .

وقد كان هذا الموقف الشاذ محلا للنقد ، اذ نحن بين أن نعتبر الالتزام علاقة شخصية ، ونأخذ فى ذلك بالمذهب الشخصى ، فلا نجيز حوالة الحق كما لم نجز حوالة الدين ، و بين أن نعتبره قيمة مالية ، ونأخذ فى ذلك بالمذهب المادى ، فنجيز حوالة الدين كما أجزنا حوالة الحق . أما أن نجيز حوالة الحق ولا نجيز حوالة الدين ، فهذا غير مفهوم . ولا يعترض على حوالة الدين بأن تغيير المدين قد يضر بالدائن ، لأننا نشترط رضاء الدائن ، فاذا أحس ضررا يصيبه من الحوالة ، فما عليه الا أن يرفضها .

وقد قررت القوانين الحديثة التى أخذت بالمذهب المادى فى الالتزام جواز حوالة الدين . بل وجد من كبار الفقهاء الفرنسيين من يجيزها فى التشريع الفرنسى

الحالى ، اذ لا يصطدم ذلك مع القواعد العامة التى يقررها ذلك التشريع [١] .

فاذا أراد المشرع المصرى أن يكون موقفه فى هذه المسألة منطقيا ، وأن يتمشى فى الوقت ذاته مع ما يقتضيه التعامل من سهولة انتقال المال ، عينا كان أو دينا ، وجب أن يقرر جواز حوالة الدين ، ويجد مستندا له فى الشريعة الاسلامية ، فهى تقرر ذلك ، وتقف فيه الى جانب القوانين ذات النزعة المادية . فيجوز أن يتفق كل من الدائن والمدين والغير (سواء كان هذا الغير مدينا للمدين أو غير مدين له طبقا للمذهب الحنفى) على أن ينتقل الدين الى الغير ، فيحل فيه محل المدين الأصلى . ويتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل (م ٨٩٦ مرشد الحيران) [٢] .

(٤) نظرية الظروف الطارئة : هذه نظرية حديثة أخذ بها القضاء الادارى فى فرنسا ، وخفف بها من جمود نظرية القوة القاهرة . فمنده أن تنفيذ الالتزام اذا أصبح مرهقا للمدين ، بسبب ظروف طارئة لم يكن يتوقعها ، ولم يكن يستطيع مهما كان بصيرا بالأمور أن يحسب لها حسابا وقت التعاقد ، جاز له أن يطلب تخفيف التزامه . فالتزام المدين لم ينقض اذن بالقوة القاهرة ، لأن تنفيذه لا يزال ممكنا ، وانما خفف لأنه أصبح مرهقا عسيرا . وقد أخذ القضاء الادارى فى فرنسا بهذه النظرية ، على أثر ما أحدثته الحرب الكبرى من الاضطراب فى العلاقات الاقتصادية . وأكثر ما يطبقها فى العقود المستمرة ، التى يستغرق تنفيذها وقتا طويلا ، قد تتغير فى غضونه الأحوال ، وتطرأ ظروف تخل بالتوازن الاقتصادى فى التعاقد .

أما القضاء المدنى فى فرنسا فلم يجار القضاء الادارى ، لتقيده بنصوص

(١) سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى طبعة ثالثة سنة ١٩٢٥ م ٨٣ ص ٧٤ هامش نمرة ٣ .

(٢) أنظر أيضا بحثا قيما فى هذا الموضوع للاستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى بك ، منشورا فى مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ٢٧ — ص ٦٦ و ص ١٣٧ — ص ١٩٠ .

مكتوبة ، لا يتقيد بها القضاء الادارى . كذلك فى مصر قضت محكمة النقض بعدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة .

على أن هذه النظرية عادلة . ويمكن للمشرع المصرى فى تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا الى نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية ، وهى نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج ، تتسع لنظرية الظروف الطارئة . ولها تطبيقات كثيرة ، سنذكر منها فيما يلى نظرية العذر فى فسخ الايجار . وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية فى الشريعة الاسلامية ، وهى تماشى أحدث النظريات القانونية فى هذا الموضوع ، كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبر (Lambert) فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن ، الذى انعقد فى مدينة لاهاى فى سنة ١٩٣٢ ، حيث قال : « تعبر نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى ، أشد ما تكون جزما وشمولا ، عن فكرة يوجد أساسها فى القانون الدولى العام فى نظرية الظروف المتغيرة ، وفى القضاء الادارى الفرنسى فى نظرية الظروف الطارئة ، وفى القضاء الانجليزى فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التى نشأت بسبب الحرب ، وفى القضاء الدستورى الأمريكى فى نظرية الحوادث المفاجئة »[(١)]

وجوه نقص لم يسدها القضاء : نذكر من هذه هلاك الزرع فى الأرض المؤجرة ، وانقضاء الايجار بموت المستأجر ، وانقضاءه بالعذر ، والابراء من الدين .

(١) هلاك الزرع فى العين المؤجرة : ينص القانون الفرنسى على أن المؤجر ضامن لهلاك الزرع بقوة قاهرة بعد نباته ، وللمستأجر أن يطلب انقاص الأجرة بنسبة ما هلك من الزرع (م ١٧٦٩ — ١٧٧٣ فرنسى) . وفى قانون

---

(١) أنظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس القسم الافرنجى ص ٣٠٢ — ٣٠٣ — وقد ورد فى كتاب الاشباه والنظائر كثير من المبادىء الفقهية التى تسود فيها فكرة الضرورة : مثل ذلك قولهم : المشقة تجلب التيسير . لا ضرر ولا ضرار . الضرر يزال . الضرورات تبيح المحظورات . الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . الضرر يدفع بقدر الامكان . الحاجة تنزل منزلة الضرورة الخ . الخ .

الالتزامات السويسرى نص (م ٢٨٧) أكثر مرونة من نصوص القانون الفرنسى يقضى بأن لمستأجر الارض الزراعية الحق فى طلب انقاص الاجرة انقاصا نسبيا اذا نقص ريع الأرض المعتاد نقصا محسوسا بسبب وقوع حوادث أو كوارث غير معتادة . أما القانون المصرى فقد كان قاسيا على المستأجر ، فهولا يجيز له أن يطلب انقاص الأجرة اذا هلك الزرع بحادثة جبرية (م ٣٩٢/٤٧٩) ، وعلى هذا الحكم سار القضاء .

وأولى بمشرعنا أن يعدل عن موقفه هذا ، فيوجب الضمان على المؤجر اذا هلك الزرع . ويكون فى هذا متفقا ، لا مع القوانين الغربية فحسب ، بل مع الشريعة الاسلامية أيضا . فقد نصت المادة ٦٧٥ من كتاب مرشد الحيران على أنه اذا زرع المستأجر الأرض ، فأصاب الزرع آفة فهلك ، وجب عليه من الأجرة حصة ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع ، وسقط حصة ما بقى من المدة أيضا . ونلاحظ أن هذا الحكم يقضى بأن يكون انقاص الأجرة بنسبة المدة التى لم ينتفع فيها المستأجر بالعين ، لا بنسبة ما هلك من الزرع . وهذا هو المذهب الحنفى . أما مالك فذهب الى أبعد من ذلك ، وقضى بسقوط الأجرة حتى عما مضى من المدة قبل هلاك الزرع [١] .

(٢) *انقضاء الايجار بموت المستأجر* : يقضى القانون المصرى بعدم انقضاء الايجار بموت المستأجر ، ما لم يكن الايجار حاصلا للمستأجر بسبب حرفته أو مهارته الشخصية (م ٣٩١/٤٧٨) . وهذا حكم غير عادل ، أخذه المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى . أرأيت لو أن موظفا ذا مرتب كبير كان يسكن دارا يدفع فيها أجرة عالية ، ثم مات وترك عياله ، وقد انقطع عنهم مرتب أبيهم ،

(١) أنظر كتابا مخطوطا للأستاذ مخلوف فى مقارنة القانون الفرنسى بمذهب مالك ، وقد ورد فيه ما يأتى (ص ٢٤٥ — ص ٢٤٦) : « اذا تلف الزرع بآفة ، مما للأرض مدخل فيه ، فان تلف بدود الأرض أو فارها ، أو بما ينتفع منها من الماء ، أو بنحو جامول أو تضاب وهالوك وعاتول أو عطش ، سقط كراء الأرض عن المكترى . والمدار فى السقوط على تلف الزرع بوجود ما ذكر فى المدة المستأجرة ، وان لم تكن الأرض معتادة بذلك » .

واستبدلوا به معاشا قد يكون ضئيلا ، أيلتزمون بالبقاء فى الدار مدة الايجار ، يدفعون هذه الأجرة العالية من تركة أبيهم ، وهم أحوج الى استبقاء التركة من السكنى فى دار فخمة ، أصبحت لا تتناسب مع حالتهم الجديدة ؟ الحق ان حكم الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة أعدل ، فهو يقضى بانتهاء الايجار بموت المستأجر . والأولى بالمشرع المصرى أن يستند الى هذا الحكم ليعطى ورثة المستأجر الخيار ، بعد موت مورثهم ، بين البقاء فى العين المؤجرة أو الخروج منها حتى قبل انتهاء مدة الايجار . وقد فعل ذلك القانون الألمانى (م ٥٦٩) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٢٧٠ و ٢٩٧) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٤٤٠) ، مما يدل على أن مبدأ الشريعة الاسلامية هو أكثر اتفاقا مع المبدأ الذى سارت عليه القوانين الحديثة .

(٣) **انقضاء الايجار بالعذر** : هذا مبدأ قرره المذهب الحنفى فى الشريعة الاسلامية ، وهو أحد تطبيقات نظرية الضرورة التى أسلفنا الاشارة اليها . ويتلخص فى أن عقد الايجار ينفسخ للعذر الطارىء . وذلك لأن الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر ، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعا من التزام الضرر (البدائع ٤ ص ١٩٧) . والعذر أما أن يرجع للعين المؤجرة ، كمن استأجر حماما فى قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ، ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وأما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة ، وكذلك لو اشترى شيئا فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ص ٤٦٣) . وأما أن يرجع العذر للمستأجر ، نحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفرا ، أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة ، أو من الزراعة الى التجارة ، أو ينتقل من حرفة الى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكما اذا كانت الاجارة

لغرض ، ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعا ، تنقضى الاجارة من غير نقض ، كما لو استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الأكلة ، أو لقلع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنتقض الاجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ . ابن عابدين ٥ ص ٧٦) .

وقد وضع الفقهاء للعذر معيارا مرنا ، فقال ابن عابدين (٥ ص ٧٦) : « والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله ، يثبت له حق الفسخ » . ويمكن أن نستخلص من الأحكام التفصيلية التى قررها الفقهاء فى هذه المسألة القواعد الآتية : (١) لا يصح الفسخ للعذر اذا كان العاقد الذى يطلب الفسخ يريد أن يحقق منفعة تفوته بدون الفسخ . (٢) ولا يصح كذلك الفسخ للعذر اذا طلب العاقد ذلك لدفع ضرر عنه لا يزيد على الضرر الذى ينجم من الفسخ . (٣) ويصح الفسخ للعذر اذا كان العاقد يدفع عنه بالفسخ ضررا جسيما يزيد على الضرر الذى ينجم عن الفسخ .

ونظرية فسخ الايجار للعذر جديرة بأن يأخذ بها المشرع المصرى . فهى من النظريات التى تشهد برقى الشريعة الاسلامية ومرونتها وصلاحيتها للتطبيق فى مختلف الظروف . وهى تتفق فى هذا مع أحدث مبادىء القانون وأرقاها . فقد قضى قانون الالتزامات السويسرى (م ٢٩٦) بجواز فسخ الايجار قبل انتهاء مدته ، اذا جدت ظروف خطيرة ، تجعل المضى فى الايجار مما لا يمكن احتماله .

وهذا المبدأ انما هو فى الواقع تطبيق لنظرية الحوادث الطارئة فى عقد الايجار .

(٤) الابراء : يعتبر الابراء فى قانوننا ، تبعا للقانون الفرنسى ، اتفاقا لا يتم الا بتوافق ارادتين . أما فى الشريعة الإسلامية فالابراء يتم بارادة واحدة تصدر من الدائن . وقد ورد فى المادة ٢٣٩ من مرشد الحيران انه لا يتوقف الابراء على قبول المديون ، لكن اذا رده قبل القبول ارتد .

ونحن نؤثر التكييف القانونى الذى اتبعته الشريعة الاسلامية على

تكييف القانونين الفرنسى والمصرى لسببين ، أولهما منطقى والآخر عملى .

أما السبب الأول فهو أن الدائن الذى يبرىء ذمة المدين انما يتنازل عن حق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بارادته وحدها . واذا كان التنازل عن الحق العينى يتم بالارادة المنفردة ، فلماذا لا يتم التنازل عن الحق الشخصى بالارادة المنفردة كذلك ؟ عللنا هذا فى كتابنا (الالتزامات ١ ص ٧) بما يأتى : « يتم التنازل عن الحق العينى بارادة منفردة ، لأن صاحب الحق ليست بينه و بين شخص بالذات علاقة مباشرة حتى يتفق معه على هذا التنازل . أما الحق الشخصى فالتنازل عنه لا يكون الا باتفاق الدائن والمدين ، لأن الحق علاقة مباشرة فيما بينهما ، فلا تزول الا باتفاقهما » .

وهذا التعليل هو كل ما استطعنا أن نقوله فى تبرير هذا التمييز بين التنازل والابراء . وهو بعد لا يستند الا الى نظرة ضيقة للحق الشخصى ، على اعتبار انه علاقة شخصية ، لا قيمة مالية . والا فاننا اذا أخذنا بالمذهب المادى للالتزام ، واعتبرنا الحق الشخصى قيمة مالية كالحق العينى ، وجب أن يتم التنازل عن كل من الحقين بالارادة المنفردة . وهذا ما تقرره الشريعة الاسلامية .

وهناك سبب ثان لعدم اعتبار الابراء اتفاقا يتم بتوافق ارادتين ، اذ القول بهذا ينبنى عليه أنه اذا صدر الايجاب من الدائن ، ومات المدين قبل القبول ، فان الابراء لا يتم . وهذه نتيجة غير عادلة . ولا يجوز القياس على الهبة فى امكان قبولها من ورثة الموهوب له اذا كان هذا قد توفى قبل القبول (م ٥١/٧٣) ، فان هذا نص استثنائى لا يقاس عليه . أما اذا ذهبنا مع الشريعة الاسلامية الى أن الابراء يتم بارادة الدائن وحده ، وصدرت هذه الارادة ، تم الابراء ، ولو مات المدين قبل رضائه ، بل وقبل علمه ، بذلك . وهذا ما يقرره صاحب كتاب مرشد الحيران فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٩ فيقول : « وان مات (أى المدين) قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

وجوه نقص سدها القضاء بما يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية : نذكر من هذه الوجوه أحكاما تتعلق بالملكية الشائعة ، وبحقوق الارتفاق ،

وبالتزامات المؤجر ، وبإيجار الأراضى الزراعيـة ، وبضمان المسـتعير فى عارية الاستعمال ، وبالدعوى البولصية ، وبالغبن فى القسمة .

(١) **الملكية الشائعة** : قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى الا نصوصا قليلة مبعثرة فى هذا الموضوع الخطير . مع أننا لو رجعنا للشريعة الاسلامية ، الى جانب أحكام القضاء ، وجدنا الشريعة غنية بأحكامها التى تتفق مع المنطق القـانونى ، وتتمشى مع عاداتنا وتقاليدنا . فهـناك حكم يقرر مبدأ عاما فى الملـكية الشائعة ، أورده صاحب مرشد الحيران فيما يأتى (م ١٢) : اذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فلـكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصـته ، والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك ، وله اسـتغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك . ثم يفصل الأحكام بعـد ذلك فى نصوص كثيرة ، بعضها يعرض لحـكم التصرف فى العين المشاعة (م ٧٤٩ — ٧٥٣) ، وبعضها لسـكنى الدار الشائعة (م ٧٥٥ — ٧٥٧) ، وبعضها للانتفاع بالعين المشتركة (م ٧٥٨ — ٧٦٢) ، وبعضها لملاك العين (م٧٦٣) ، وبعضها لعمارة الملك المشترك (م ٧١٤ — ٧٧٢) .

فللمشرع المصرى أن يختار من هذه الأحكام الـكثيرة ما يتفق مع أحكام القضاء فى هذا الموضوع .

(٢) **حقوق الارتفاق** : ويستطيع مشرعنا فى حقوق الارتفاق كذلك أن يستعرض أحكام الشريعة الاسلامية الى جانب أحكام القضاء ، فيأخذ منها ما يصلح .

مثل ذلك انهدام السـفل . وقد رأينا القضاء يكمل حكم المادتين ٣٧/٥٨ ، فيجيز لصاحب العلو أن يبنى السفل ، ويرجع بمصاريف البناء على صاحب هذا السفل ، فاذا سجل المشرع المصرى هذا الحكم فى تقنينه الجديد ، وجد مستندا له فى الشريعة الاسـلامية ، وحكمها ما يأتى : اذا هدم صاحب السفل سفله تعديا ، يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك (م ٦٦ مرشد الحيران) . واذا انهدم

السفل بلا صنع صاحبه ، فعليه بناؤه بلا جبر عليه ، فان امتنع صاحب السفل من تعميره ، وعمره صاحب العلو باذن صاحبه أو باذن القاضى ، فله الرجوع على صاحب السفل بما أنفقه على العمارة ، بالغا ما بلغ قدره . وأن عمره بلا اذن صاحبه أو اذن القاضى ، فليس له الرجوع الا بقيمة البناء . وتقدر القيمة بمعرفة أرباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع . ولصاحب العلو أن يمنع فى الحالتين صاحب السفل من سكناه والانتفاع به ، حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره باذن القاضى ، ويستخلص حقه من أجرته .

وهناك أحكام أخرى فى العلو والسفل ، وفى الحائط المشترك ، يصح الرجوع اليها فى التقنين الجديد (أنظر م ٦٤ و ٦٥ و ٦٨ و ٧٠ و ٧١ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) التزامات المؤجر : تختلف هذه الالتزامات فى القانون المصرى عنها فى القانون الفرنسى . فالمؤجر ، فى القانون المصرى ، يسلم العين فى الحالة التى هى عليها (م ٣٦٩/٤٥٢) . ولا يلتزم باجراء مرمات (م ٣٧٠/٤٥٣) ، وليس هناك نص يلزمه بضمان العيوب الخفية . أما القانون الفرنسى فيلزم المؤجر بتسليم العين فى حالة حسنة من الترميم (م ١٧٢٠ فرنسى فقرة أولى) ، ويوجب عليه اجراء المرمات الضرورية (م ١٧٢٠ فقرة ثانية) ، ويجعله ضامنا للعيوب الخفية (م ١٧٢١) . ولا شك فى أن القانون الفرنسى أعدل من القانون المصرى فى هذه المسائل الثلاث . على أنه يمكن الاستعانة بأحكام الشريعة الاسلامية ، للتقريب فيما بين القانونين .

فتسليم المؤجر للعين فى الحالة التى هى عليها ، وان كان حكما مأخوذا من الشريعة الاسلامية (أنظر م ٦٤٢ مرشد الحيران) ، يمكن تعديله ، من طريق الشريعة الاسلامية نفسها ، حتى يقترب من القانون الفرنسى فى ثلاثة وجوه :
(أ) يجب تسليم العين المؤجرة فى حالة تسمح باستغلالها على الوجه المطلوب . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية . فقد ورد فى البدائع (جزء ٤ ص ١٨٧) أنه

يشترط فى الايجار أن يكون المعقود عليه ، وهو المنفعة ، مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا . وهذا ما يحكم به القضاء المصرى (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣، جازيت ١٣ ص ١٧٣ نمرة ٣٠٤) . (ب) ويجب كذلك فى التسليم التخلية والتمكين من الانتفاع بدفع الموانع ، كما تقضى بذلك الشريعة الإسلامية (البدائع ٤ ص ١٧٩) . فاذا كانت العين مشغولة بأشياء أو بأشخاص ، وجب على المؤجر تخليتها ، ولا يقتصر على تسليمها فى الحالة التى هى عليها . (ج) ولا تبرأ ذمة المؤجر من التزامه بالتسليم ، اذا تغير الشىء بفعله أو بفعل غيره ، تغيرا يخل بالمنفعة قبل التسليم . ولا يقتصر التزامه فى هذه الحالة على تسليم الشىء تالفا فى الحالة التى هو عليها (م ٦٤٢ مرشد الحيران) .

أما القيام بالمرمات الضرورية ، فهنا أيضا قد أخذ المشرع المصرى حكمه عن الشريعة الاسلامية . اذ تنص المادة ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران على أنه لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها ، وترميم ما اختل من بنائها ، واصلاح ميازيبها ، وان كان ذلك عليه لا على المستأجر . ولكن الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الأمر يعدل من هذا الحكم كما عدل من الحكم الأول ، ويدنو بنا من حكم القانون الفرنسى . فاذا كان المؤجر لا يجبر على اجراء المرمات الضرورية ، الا أنه اذا لم يقم بها ، كان للمستأجر الحق فى فسخ الايجار . وقد جاء فى ابن عابدين ما يأتى (جزء ٥ ص ٦٦ — ٦٧) : « عمارة الدار المستأجرة وتطيينها واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار ، وكذا كل ما يخل بالسكنى . فان أبى صاحبها أن يفعل كان للمستأجر أن يخرج منها ؛ الا أن يكون المستأجر استأجرها وهى كذلك ، وقد رآها ، لرضاه بالعيب . . وفى الجوهرة وله أن ينفرد بالفسخ بلا قضاء » . أما اذا قام المؤجر بالمرمة ، فمصاريفها عليه لا على المستأجر . على أنه يمكن العثور على قول فى الشريعة الاسلامية يجعل المؤجر ملزما بالقيام بالمرمات ، فيجبر على تنفيذ التزامه عينا ، لا من طريق التهديد بفسخ العقد . ففى مذهب الامام مالك ، على جاء فى كتاب مخطوط للأستاذ مخلوف سبقت الاشارة اليه : « لا يجبر مالك الدار المؤجر

لها على الاصلاح للمكترى الساكن مثلا ، سواء كان ما احتاج للاصلاح يضر بالساكن أم لا ، حدث بعد العقد أم لا . وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة . ويخير الساكن بين السكنى ، فيلزمه الكراء ، والخروج منها . وأما غير ابن القاسم ، وهو ابن حبيب ، فيقول يجبر الآجر على الاصلاح كما قال ابن عبد السلام وبه العمل . لكن الخلاف خاص بالمضر اليسير ، وأما اذا كان كثيرا فلا يلزمه الاصلاح ، اجماعا .... فالبند يوافق المذهب على قول ابن حبيب مع تقييد الاصلاح باليسير » (ص ٢٣٤) .

أما التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية ، فاذا كان لا يوجد فيه نص فى القانون المصرى ، فان فى الشريعة الاسلامية نصوصا صريحة فى ذلك ، اذا أخذ بها مشرعنا ، بعد أن أخذ بها قضاؤنا ، اقترب كثيرا من حكم القانون الفرنسى . فقد جاء فى ابن عابدين (جزء ٥ ص ٦٤) : « الاجارة تفسخ بخيار العيب الحاصل قبل العقد أو بعده ، بعد القبض أو قبله . فاذا كان العيب حاصلا قبل العقد ، فيشترط أن المستأجر لم يكن رآه وقت ذلك . فان رآه ، فلا خيار لرضاه به » (أنظر أيضا شرح العناية على الهداية ٧ ص ٢٢٠ . البدائع ٤ ص ١٩٥ — ١٩٧) .

(٤) ايجار الأراضى الزراعية : نصت المادتان ٣٨٧/٤٧٢ على أنه يجب على مستأجر الأرض للزراعة ، الذى قاربت مدة ايجاره على الانتهاء ، أن يمكن المستأجر اللاحق من تهيئة الأرض للزراعة والبذر ، ما لم يحصل للمستأجر السابق ضرر من ذلك . ولا يوجد نص على الفرض العكسى ، اذا انتهت المدة المحددة للايجار ، وبقيت فى الأرض زراعة لم تحصد . وقد جرى القضاء على أنه اذا انتهت مدة الايجار ، ولم ينضج الزرع ، وألزم المستأجر بتسليم الأرض بما فيها من الزرع ، فله مطالبة المؤجر والمستأجر الجديد بتعويض الخسارة التى ألمت به لهذا السبب (استئناف أهلى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٨٩ — استئناف مختلط ٩ دسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١) . وهذا الحكم عادل .

واذا أراد مشرعنا أن يورده فى التقنين الجديد ، استطاع أن يستند فى ذلك الى أحكام الشريعة الاسلامية ، فانها تذهب فى حماية المستأجر الى أبعد من ذلك ، اذ تلزم المؤجر أن يبقى الأرض فى حيازة المستأجر بأجر المثل حتى ينضج زرعه (م ٦٧٨ و ٦٧٩ من كتاب مرشد الحيران) .

وهناك أحكام كثيرة فى المزارعة والمساقاة يمكن استمدادها من الشريعة الاسلامية أيضا .

(٥) **ضمان المستعير فى عارية الاستعمال** : يقضى القانون الفرنسى على المستعير ، فى عارية الاستعمال ، بأن يحفظ الشىء المعار من الهلاك ، ولو بتضحية شىء مملوك له (م ١٨٨٢ فرنسى) . ولا نص فى القانون المصرى على ذلك . ولكن يمكن الأخذ بحكم القانون الفرنسى ، استنادا الى الشريعة الاسلامية ، فقد ورد فى المادة ٧٩١ من كتاب مرشد الحيران : « اذا كان فى امكان المستعير منع التلف من العارية ، بأى وجه ، ولم يمنعه ، يكون متعديا فيضمنها » .

(٦) **الدعوى البوليصية** : فى هذه الدعوى حكم معروف يقضى بأنه لا يجوز للدائنين الطعن فى وفاء المدين بالدين لأحدهم دون الباقى ، لأن الدائن الذى استوفى دينه له حق فى ذمة المدين يتقاضاه ، فلا يمكن أن يقال أنه تواطأ معه للاضرار ببقية الدائنين . ويستطيع المشرع المصرى أن ينص على هذا الحكم ، مستندا فى ذلك الى الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى المادة ٢١٠ من كتاب مرشد الحيران : « اذا كثرت غرماء المدين ، وكان ماله لا يفى بجميع الديون المطلوبة لهم ، فله أن يقدم من شاء منهم ، ويؤثره على غيره . وان قضى دين أحدهم ، فليس للآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه وبينهم » .

(٧) **الغبن فى القسمة** : يقضى القانون الفرنسى (م ٨٨٧ فقرة ثانية) بجواز الطعن فى القسمة اذا زاد الغبن على الربع . ولا يتضمن القانون المصرى نصا يجيز الطعن بالغبن فى القسمة . ولكن القضاء ، بالرغم من ذلك ، يجيز هذا

الطعن . وهو تارة يحدد الغبن بالربع تمشيا مع القانون الفرنسى ، وطورا يجعل هذا التحديد تقديريا لعدم وجود النص . وغنى عن البيان أن هذا القضاء الذى يجيز الطعن بالغبن فى حالة لا نص عليها هو قضاء اجتهادى ، فى حاجة الى سند قانونى . وهذا السند موجود فى الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى شرح المجلة ما يأتى (ص ٦٢٤) : « ثم انه اذا ثبت الغبن الفاحش بطلت القسمة اذا كانت بالقضاء اتفاقا ، لأن تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد . ولو وقعت بالتراضى تبطل أيضا فى الأصح لأن شرط جوازها المعادلة ، ولم توجد ، وبه جزم أصحاب المتون وصححه الشروح واختاره فى المنح تبعا للكافى وقاضيخان » .

* * *

بينا فيما تقدم العيوب الموضوعية والشكلية التى تجعل تقنيننا المدنى غير صالح للمهمة التى وجد من أجلها ، وتحتم علينا مراجعته . وبينا الى جانب ذلك على أى أساس تبنى هذه المراجعة فى الشكل وفى الموضوع [1]. ولما كانت المراجعة على النحو الذى ننصح به عملا دقيقا ، يستغرق وقتا طويلا ، ويقتضى مجهودا كبيرا ، وجبت المبادرة بالعمل . وكلما عجلنا فى ذلك ، كلما اتسع لنا الوقت ، وتهيأت الظروف الصالحة لاتمام العمل على الوجه الذى يرضى اطماع أمة ناهضة .

على أن كل ما قدمناه ، اذا دل على أن تقنيننا معيب وأن مراجعته ضرورية ، واذا بين الأسس العملية التى يمكن أن تقوم عليها هذه المراجعة ، فليس معناه أن المراجعة قد مهدت سبلها ، وأصبح البت فى القيام بها أمرا ميسورا . فان الرغبة ، مهما كانت صادقة ، فى عمل تقنين ، هى شىء آخر غير عمل التقنين بالفعل . وتدل التجارب فى مسائل التقنين ، على أن الرغبة وحدها لا تغنى شيئا . بل ان توافر الوسائل الفنية ذاتها لا يكفى . فان التقنين أمر يقوم على

---

(١) كنا نود أن نقترح مشروعا لتعديل التقنين المدنى ، فى بعض اجزائه على الأقل ، ونراعى فى وضع نصوص هذا المشروع ما قدمناه من الملاحظات ، ونبنيه على الأسس التى ذكرناها . ولكننا خشينا الاطالة ، وقد نعود الى هذا فى فرصة أخرى .

النشاط ، وهو روحه الدافعة . فاذا انعدم هذا النشاط أو فتر ، سار التقنين سيرا بطيئا ملتويا ، يتعثر عند كل منعرج ، ويصطدم فى كل عقبة ، وقلما يصل الى نهاية الطريق . وهذا هو السر فى أن التقنينات العظمى لم تتم فى عصور كبار الفقهاء والمتشرعين ، بل فى عهود امتازت بنشاط رجال عظماء ، جعلوا التقنين قضيتهم ، وحاطوه برعايتهم ، حتى وصلوا به الى الغاية ، فى غير فتور ولا استنامة . يشهد بذلك تقنينات جوستنيان ، وفردريك الأكبر ، ونابليون ، وغليوم الثانى ، والخديوى اسماعيل .

فهل لمصر أن تؤمل ، فى عهد نهضتها الحاضرة ، أن تضم الى انتصاراتها فى النشاط العلمى والنشاط الاقتصادى ، انتصارا جديدا فى النشاط القانونى ، فتعمل على اخراج تقنين مدنى جديد ، يكون فخرا لها ، وعلما ترفعه بين الأمم الشرقية ؟ .

أرجو أن يكون ذلك قريبا ما ؟


Bibliotheca Alexandrina
03999081